

Tesi di dottorato di Alessandro Liardo, discussa presso l'Università degli Studi di Udine



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE

Corso di Dottorato di ricerca in diritto ed economia dei sistemi
produttivi, dei trasporti e della logistica

Ciclo XXV

Tesi di dottorato di ricerca

SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA:
RESPONSABILITÀ PER DANNO ERARIALE

Dottorando
Dott. Alessandro Liardo

Relatore
Chiar.mo Prof. Rocco Lobianco

ANNO ACCADEMICO
2012/2013

Tesi di dottorato di Alessandro Liardo, discussa presso l'Università degli Studi di Udine

Desidero porgere un sentito ringraziamento al Procuratore regionale della Corte dei Conti dottor Maurizio Zappatori per la grande disponibilità dimostrata e per il tempo che mi ha voluto dedicare. I suoi contributi in termini di idee e di spunti di riflessione hanno costituito un apporto essenziale per la stesura di questa tesi di dottorato.

La definizione di pubblica amministrazione e la ricognizione dei suoi confini, che non ponevano dubbi fino a qualche decennio fa, sono divenute ora notevolmente incerte. Per comprendere la causa di tale incertezza, si considerino solo due aspetti. Da una parte, le dimensioni raggiunte dalla pubblica amministrazione nel suo complesso (non meno di cinque milioni di addetti). Dall'altra, la varietà delle figure organizzative che essa comprende e l'estrema diversificazione delle discipline, al punto che vi sono enti pubblici la cui attività è regolata quasi interamente dal diritto privato.

Cassese, Il sistema amministrativo italiano, Bologna, 1983, p. 15.

SOMMARIO

CAPITOLO I: IL DANNO ERARIALE	1
1. Nozione	1
2. Gli elementi costitutivi del danno erariale	3
3. La responsabilità amministrativa	18
4. La responsabilità contabile.....	30
 CAPITOLO II: LE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA ...	36
1. Nozione e tipologie	36
2. Breve excursus storico	42
3. Le società «in house»	60
3.1. I requisiti dell'in house providing: partecipazione totalitaria, controllo analogo e destinazione prevalente	62
3.2. Le società in house come società «speciali»	68
4. Profili civilistici.....	72
5. Le disposizioni speciali	80
 CAPITOLO III: LA RESPONSABILITA' PER DANNO ERARIALE NELLE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA	89
1. Premessa.....	89
2. L'evoluzione della giurisprudenza. Un primo orientamento restrittivo	97
2.1. L'orientamento estensivo	99
2.1.1. L'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione n. 19667 del 2003	103

2.1.2. La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 3899 del 2004	106
2.1.3. Brevi considerazioni sui criteri di collegamento utilizzati	107
2.1.4. La giurisdizione ordinaria esclusiva per le società quotate a partecipazione minoritaria.....	114
2.1.5. Criticità relative all'orientamento estensivo	117
2.2. Il nuovo orientamento restrittivo. La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 26806 del 2009	124
2.2.1. L'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione n. 27092 del 2009 e le società disciplinate da leggi speciali	137
2.2.2. Considerazioni e criticità relative al nuovo orientamento restrittivo	143
2.2.3. Le obiezioni della magistratura contabile	158
2.3. Le ordinanze del 2011	164
3. L'azione civilistica di responsabilità.....	171
4. Le differenze tra responsabilità erariale e responsabilità civilistica.	181
 CAPITOLO IV: CONCLUSIONI	 187
1. Riflessioni conclusive	187
2. Possibili scenari futuri.....	197
2.1. Distinzione tra società di mercato e «semi-amministrazioni»	200
2.2. Adozione di modelli organizzativi inequivoci	203
2.3. Responsabilizzazione dell'azionista pubblico	206
2.4. Emersione di figure sintomatiche di pubblicità	208
 BIBLIOGRAFIA.....	 212

CAPITOLO I: IL DANNO ERARIALE

SOMMARIO – 1. Nozione – 2. I presupposti del danno erariale – 3. La responsabilità amministrativa – 4. La responsabilità contabile.

1. Nozione – Il danno erariale può essere definito come il danno sofferto dalle finanze pubbliche a causa del comportamento antigiuridico, doloso o colposo, del soggetto legato all'amministrazione da un rapporto di servizio⁽¹⁾.

La responsabilità amministrativo-contabile, in termini generali, è strutturata in modo analogo alla ordinaria responsabilità civile *ex art.* 2043 cod. civ., fatte salve tre peculiarità tipizzanti la fattispecie: la qualificazione del soggetto autore del danno, il quale deve essere legato alla pubblica amministrazione da un rapporto di impiego o da un rapporto di servizio, la natura del soggetto danneggiato, che deve essere una pubblica amministrazione, la natura del danno, che deve essere causato nell'esercizio di pubbliche funzioni o in circostanze legate da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni.

Mentre la nozione di danno è consolidata in dottrina e giurisprudenza, ad essere fonte di dubbio è la sua qualificazione come erariale. Da essa discendono conseguenze sia sostanziali che processuali: sostanziali in quanto sarà necessario individuare la tipologia di responsabilità cui ascrivere il danno, sia essa amministrativa ovvero contabile, per determinare il danno risarcibile; processuali poiché la

⁽¹⁾ Sul tema, si veda GARRI, *Danno erariale*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988.

conoscenza delle questioni attinenti al danno erariale è riservata alla giurisdizione della Corte dei conti.

La difficoltà nel delineare il concetto di danno alla finanza pubblica è dovuto al fatto che in Italia, a partire dagli anni '90, è stata condotta una lunga serie di operazioni di privatizzazione formale delle imprese pubbliche, precedentemente rientranti nel regime delle partecipazioni statali e delle aziende municipalizzate. Per privatizzazione in senso formale si intende la trasformazione dell'ente pubblico o dell'azienda municipalizzata in società per azioni, in cui la maggioranza o la totalità delle azioni stesse è di proprietà dello Stato o dell'ente locale. A partire da questa prima fase di privatizzazione, lo strumento societario è stato largamente impiegato a tutti i livelli di governo, tant'è che oggi quasi tutti i servizi erogati da parte dei comuni maggiori sono di competenza di società specializzate, la cui maggioranza azionaria fa capo, direttamente o mediante società holding, all'ente territoriale⁽²⁾. Proprio per questa ragione è essenziale delineare i confini della nozione di danno erariale, talché si possa valutare, nel caso di danno alla società a partecipazione pubblica, il regime responsabilità cui sottoporre l'agente che ha concorso a cagionare il danno stesso.

⁽²⁾ Secondo i dati di Unioncamere relativi al 2005, su tutto il territorio nazionale risultano operative circa 5.000 società partecipate da Regioni ed enti locali. Uno studio dell'associazione nazionale dei comuni italiani, l'Anci, aggiornato al 31 dicembre 2010 individua in 4.206 le società italiane non quotate in cui figura come socio almeno un comune. Tra queste, circa il 30% sono società a partecipazione comunale totalitaria. In Friuli-Venezia Giulia, ma anche in Toscana, Emilia-Romagna e Basilicata tutti i comuni detengono partecipazioni azionarie in società.

2. Gli elementi costitutivi del danno erariale – In mancanza di tipizzazione legislativa⁽³⁾, la nozione di «danno erariale» è stata

⁽³⁾ Il regime sostanziale e processuale in materia di danno erariale, e più in generale sulla giurisdizione della Corte dei conti, è frutto della stratificazione nel tempo di disposizioni ricavate da fonti differenti. La Costituzione, all'art. 103, secondo comma, prevede testualmente la giurisdizione contabile nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge. Il Regio decreto 18 novembre 1923 n. 2440, legge di contabilità generale dello Stato, agli artt. 82, primo comma, e 83, primo comma, prevede rispettivamente che «L'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato è tenuto a risarcirlo» e che «I funzionari [...] sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti». Il Regio decreto 12 luglio 1934 n. 1214, testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, agli artt. 13 e 52 sancisce la competenza della Corte dei conti a giudicare «i conti che debbono rendere tutti coloro che hanno maneggio di denaro o di valori dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni designate dalla legge» e «sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni», specificando inoltre che «I funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali. La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto». Altre norme in materia sono contenute negli artt. 18, 22 e 23 del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato e nelle leggi 14 gennaio 1994 n. 19 e 20 di riforma della competenza della Corte dei conti, come novellate dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639, che hanno innovato e razionalizzato il *corpus* normativo preesistente, e di cui si parlerà nel prosieguo della trattazione. Infine, va ricordato l'articolo 7 della legge n. 27 marzo 2001 n. 97, che afferma che la sentenza irrevocabile di condanna per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, pronunciata nei confronti di una serie di soggetti tra cui i dipendenti di «enti a prevalente partecipazione pubblica», deve essere comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Sull'argomento, *ex plurimis* si vedano TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2004, 4 e ZAMBARDI-ASTEGIANO, *Compendio di contabilità pubblica*, II ed., Padova, 2007, 258.

delineata gradualmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Le componenti strutturali del danno erariale sono le seguenti⁽⁴⁾: il rapporto di servizio tra l'agente e l'ente danneggiato, la condotta, il danno all'erario, il nesso causale tra la condotta e l'evento dannoso e l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave. Il danno deve gravare su un'amministrazione qualificabile come pubblica e chiamato a risponderne deve essere un soggetto legato all'amministrazione, non necessariamente a quella danneggiata, da un rapporto di impiego o servizio. Il danno deve costituire la conseguenza di un'attività, omissiva o commissiva, illecita e connessa col rapporto di impiego o servizio, sia essa conseguenza diretta ovvero sia strumentale o strutturale all'esercizio della funzione pubblica⁽⁵⁾.

Innanzitutto è essenziale la qualifica di pubblico dipendente o amministratore del soggetto agente, oltre all'occasionalità necessaria della percezione delle somme per l'espletamento di compiti istituzionali⁽⁶⁾: la percezione di risorse pubbliche al di fuori di detta occasionalità perfeziona illeciti civili e penali, ma non riveste profili di responsabilità amministrativa. Non rileva, come nel diritto penale, la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

L'occasionalità necessaria si riscontra quando il fatto causativo del danno, ancorché al di fuori dell'esercizio normale delle mansioni del dipendente, non rispondente a fini istituzionali, finanche abusando dei propri poteri o deviando dai propri doveri, trova nell'espletamento del

⁽⁴⁾ Efficace sintesi sull'argomento è proposta da CHINDEMI, *Il danno erariale in materia di responsabilità medico-sanitaria*, in *Resp. civ. prev.* 2011, 1166.

⁽⁵⁾ Si veda C. conti, sez. giur. Veneto, 17 aprile 2009 n. 322, in *Riv. Corte conti* 2009, 2, 171 (s.m.).

⁽⁶⁾ Cfr. C. conti, sez. giur. Lombardia, 27 aprile 2009 n. 298, in *Riv. Corte conti* 2009, 2, 169 (s.m.).

servizio l'occasione necessaria. Non manca, tuttavia, un orientamento restrittivo secondo cui per aversi l'occasionalità necessaria è richiesto che l'agente agisca come organo dell'amministrazione.

Il concetto di «rapporto di servizio» è più ampio rispetto a quello di «rapporto di pubblico impiego» e fin dagli anni cinquanta del secolo scorso il primo ha soppiantato il secondo nella giurisprudenza contabile⁽⁷⁾. Affinché si concretizzi il rapporto di servizio, è necessario che un soggetto, sia esso persona fisica o giuridica, sia inserito a qualunque titolo nell'apparato organizzativo pubblico e partecipi all'azione amministrativa, essendo investito di un'attività retta dalle regole proprie dell'azione amministrativa⁽⁸⁾. Il rapporto di servizio, come testé delineato, è dunque un rapporto di «appartenenza» all'amministrazione in senso lato. La nozione di «rapporto di servizio» è stata progressivamente estesa dalla giurisprudenza, finanche a farvi rientrare qualunque soggetto posto in relazione funzionale con l'ente e compartecipe dell'attività amministrativa dell'ente stesso⁽⁹⁾. In altre parole, il rapporto di servizio si configura ogniqualvolta il soggetto agente si trovi in una relazione funzionale con l'ente, per cui il soggetto medesimo partecipi alla gestione di risorse pubbliche, vincolato dalle norme sulla corretta gestione delle stesse⁽¹⁰⁾. Coerentemente, è stato

⁽⁷⁾ C. conti 30 gennaio 1958 n. 8741, C. conti, Sez. riun., 13 gennaio 1962 n. 5, C. conti, Sez. riun., 21 febbraio 1972 n. 128, richiamate da RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa e le sue più recenti evoluzioni. Spunti di riflessione sugli interventi, negli anni, del giudice contabile*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1246.

⁽⁸⁾ Sull'argomento, si veda MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato* 2001, II, 1559.

⁽⁹⁾ Così Cass., Sez. un., 5 aprile 1993 n. 4060, in *Banca dati Dejure*. Conforme Cass., Sez. un., 20 marzo 2008 n. 7446, in *Urb. app.* 2008, 603.

⁽¹⁰⁾ La giurisprudenza ha tratteggiato una nozione molto estesa di «rapporto di servizio». Cfr. Cass., Sez. un., 2 dicembre 2008 n. 28537, in *Riv. Corte conti* 2008, 6,

ritenuto vincolato da rapporto di servizio con l'amministrazione anche il privato percettore di fondi pubblici a destinazione vincolata. Nella fattispecie, il privato è stato ritenuto «terminale di una attività di gestione di fondi pubblici e cioè come soggetto agente – pur se occasionalmente – nell'interesse della P.A.», ragion per cui la mancata utilizzazione delle somme erogate per lo scopo per cui sono state assegnate fa sorgere la responsabilità amministrativa del soggetto medesimo⁽¹¹⁾.

198, Cass., Sez. un., 9 settembre 2008 n. 22652, in *Riv. Corte conti* 2008, 5, 180, Cass., Sez. un., 20 ottobre 2006 n. 22513, in *Riv. Corte conti* 2006, 5, 182, Cass., Sez. un., 2 marzo 2006 n. 4582, in *Dir e giust.* 2006, 14, 95, con nota di LAINO-BRIGUORI, *L'immunità non protegge il parlamentare dal giudice contabile*. La casistica è sterminata. Sull'argomento si rimanda a GARRI, *I giudizi innanzi la Corte dei conti, responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 2000, 192.

⁽¹¹⁾ Cfr. C. conti, sez. giur. Campania, 21 marzo 2006 n. 95, in *Foro amm. TAR* 2006, 1156. Nello stesso solco si colloca C. conti, sez. giur. Sardegna, 16 maggio 2008 n. 1181, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2150, la quale ha ritenuto sussistente il rapporto di servizio nei confronti di una società privata che gestiva fondi pubblici destinati alla realizzazione di un piano di interventi specifici di interesse pubblico. La società, pur essendo un soggetto di diritto privato, aveva un capitale sociale alimentato unicamente da risorse pubbliche, per cui la gestione del fondo di dotazione è «fortemente limitata dal collegamento con un pubblico potere e dalla funzionalizzazione del fondo medesimo al perseguimento di pubblici interessi». Per l'interpretazione estensiva del rapporto di servizio, si richiamano ancora C. conti, sez. II centr. d'Appello, 29 luglio 2008 n. 256, in *Foro amm. CdS* 2008, 2249 (s.m.), C. conti 13 marzo 2008 n. 137, in *Foro amm. CdS* 2008, 900, C. conti, sez. giur. Lombardia, 29 settembre 2005 n. 573, in *Foro amm. TAR* 2005, 3013 (s.m.), C. conti, sez. giur. Marche, 19 gennaio 2005 n. 66, in *Riv. Corte conti* 2005, 1, 252 (s.m.), C. conti, sez. giur. Marche, 16 luglio 2004 n. 728, in *Riv. Corte conti* 2004, 4, 120 (s.m.). La recente giurisprudenza di legittimità si è attestata sulle stesse posizioni, affermando la soggezione a responsabilità amministrativa, e non di conto, di dipendenti e amministratori e dipendenti di enti pubblici economici, per le condotte tenute dopo l'entrata in vigore della legge 20 del 2004 che ha riformato la giurisdizione della Corte dei conti. Si vedano, in proposito, Cass., Sez. un., 22 dicembre 2003 n. 19667, in *Giur. it.* 2004, 1830, con nota di ASTEGIANO, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile* e Cass., Sez. un., 11 luglio 2007 n. 15458, in *Foro it.* 2008, I, 555. Sulla responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di

L'amministrazione pubblica opera sempre maggiormente secondo schemi privatistici, estranei alle vie tradizionali previste dal regolamento di contabilità, per mezzo di soggetti non organicamente posti al suo interno: è irrilevante dunque il titolo in forza del quale avviene la gestione del denaro pubblico, assumendo rilievo piuttosto la natura pubblica dei fondi impiegati e la loro destinazione a finalità pubbliche. In altre parole, la sussistenza o meno della responsabilità amministrativa dipende non tanto dalla natura dell'agente, quanto dalla natura del danno e degli scopi perseguiti⁽¹²⁾.

società per azioni a partecipazione pubblica, si rinvia a Cass., Sez. un., 26 febbraio 2004 n. 3899, in *Giur. it.* 2004, 1946, con nota di RODRIQUEZ, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*. Altri commenti alla pronuncia: BRIGUORI, *La veste di Spa non salva dai controlli della Corte dei conti*, in *Foro amm. Cds* 2004, 375; VISCA, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni*, in *Giust. civ.* 2005, I, 205. In argomento, si rinvia altresì a MADDALENA, *La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici e delle S.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in *Riv. amm. R. it.* 1996, 445 e VENTURINI, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti* 2001, 6, 294. Le due ultime pronunce citate, la n. 19667 del 2003 e la n. 3899 del 2004, hanno ampliato l'ambito della responsabilità amministrativa, seguendo *iter* argomentativi differenti che verranno meglio esaminati *sub cap.* III.

⁽¹²⁾ In altre parole, il rapporto di servizio si configura ogni qualvolta vi sia «una relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata dal fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, sia esso una persona giuridica o fisica, privata o pubblica». Cfr. Cass., Sez. un., 3 luglio 2009 n. 15599, in *Foro it.* 2010, I, 1534. Conformi Cass., Sez. un., 31 gennaio 2008 n. 2289, in *Banca dati Dejure*; Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4112, in *Foro amm. CdS* 2007, 1151, con nota di SAITTA, *L'inibitoria delle decisioni del giudice amministrativo tra soggezione al codice di rito civile ed autonomia procedurale*; Cass., Sez. un., 20 ottobre 2006 n. 22513, in *Foro it.* 2007, I, 2483; Cass., Sez. un., 22 gennaio 2002 n. 715, in *Riv. Corte conti* 2002, 2, 277; Cass., Sez.

La mancanza del rapporto di servizio comporta la conseguenza dell'impossibilità di perseguire l'illecito da parte della magistratura contabile. Naturalmente, l'amministrazione danneggiata può comunque adire l'autorità giudiziaria ordinaria, ove i vertici dell'ente abbiano la volontà di deliberare la proposizione dell'azione.

Passando ad esaminare la condotta, va ricordato che presupposto per il danno erariale è la condotta illecita, non già l'atto illegittimo. La condotta che determina il danno deve essere una condotta, omissiva o commissiva, illecita⁽¹³⁾. L'illiceità è data dalla violazione del precetto del *neminem laedere*, ovvero dalla violazione di obblighi contrattuali di servizio. La matrice del danno erariale può dunque essere sia di tipo extracontrattuale che contrattuale; il nocumento deve essere conseguenza della condotta illecita dell'agente pubblico⁽¹⁴⁾. Tra illegittimità del provvedimento e illiceità della condotta non esiste alcun nesso di consequenzialità necessaria, sebbene l'illegittimità di un singolo atto possa considerarsi figura sintomatica di antiggiuridicità della condotta⁽¹⁵⁾. La categoria della legittimità-illegittimità di un provvedimento amministrativo riguarda il rapporto tra potere autoritativo e posizioni soggettive dei privati. Al contrario, la categoria liceità-illiceità riguarda l'idoneità di una condotta a cagionare un danno ingiusto. Il

un., 5 giugno 2000 n. 400, in *Foro it.* 2000, I, 2789; Cass., Sez. un., 30 marzo 1990 n. 2611, in *Giust. civ.* 1990, I, 1726.

⁽¹³⁾ Per la ricostruzione dogmatica della categoria dell'illecito amministrativo, si rinvia a CANNADA BARTOLI, *Illecito (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970.

⁽¹⁴⁾ L'illiceità della condotta è cosa ben distinta rispetto all'illegittimità dell'atto amministrativo. Sul tema, si veda FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.* 2003, I, 79.

⁽¹⁵⁾ FRANCESE, *L'illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.* 1987, 1674.

provvedimento amministrativo oggetto di controllo da parte della Corte dei conti, dunque, rileva come mero fatto giuridico, causa o concausa di un danno erariale. La Corte può perciò valutare incidentalmente l'illegittimità dell'atto amministrativo, ma «al solo fine di coglierne i sintomi o i riflessi di illiceità della condotta posta in essere attraverso l'adozione dell'atto stesso»⁽¹⁶⁾.

La condotta oggetto di controllo giuscontabile non necessariamente deve configurarsi come condotta *contra legem*, essendo sindacabile anche quella formalmente ossequiosa alle norme, tuttavia non conveniente od irrazionale secondo i parametri della comune esperienza amministrativa. Si tratta degli atti non conformi ai fini istituzionali dell'ente, di atti *ictu oculi* palesemente irragionevoli o altamente diseconomici, di atti arbitrari o ancora di atti recanti irregolari ordinazioni di spesa. Essa può essere commissiva ovvero omissiva. Significativi esempi di condotte omissive sono le attività di coloro che, investiti di poteri di vigilanza e controllo, omettendo tale vigilanza o controllo concorrono a cagionare il danno all'erario. Sebbene concettualmente sia facilmente ipotizzabile siffatta condotta, si rimarca in questa sede come siano fattispecie praticamente sconosciute nella giurisprudenza contabile⁽¹⁷⁾, soprattutto per la mancanza di un organo ulteriore incaricato di controllare il controllore. *Qui custodiet ipsos custodes?*

Non consegue responsabilità amministrativa se la condotta non è libera, cioè in mancanza di capacità di intendere e di volere, in stato di necessità o di legittima difesa. A nulla vale l'essersi uniformati a prassi reiterate pregresse. La responsabilità è esclusa anche quando la condotta

⁽¹⁶⁾ TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 70.

⁽¹⁷⁾ TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 74.

sia stata posta in essere in ossequio ad un ordine del superiore gerarchico competente, salvo che il sottoposto non abbia omissso di esercitare il proprio diritto-dovere di rimostranza in presenza di ordine palesemente illegittimo.

Relativamente alla condotta, poi, si applica il principio della insindacabilità delle scelte discrezionali, che si evince dall'art. 1, primo comma, della legge di riforma della Corte dei conti n. 20 del 1994. Il giudice contabile, dunque, non può sostituirsi al dirigente nella valutazione circa le scelte migliori da adottare nel caso concreto, piuttosto che circa gli strumenti migliori da impiegare. In altre parole, il dirigente deve preoccuparsi del fatto che le proprie scelte rispondano al pubblico interesse, e non anche della loro condivisibilità da parte della Corte. Proprio in questa ottica, peraltro, si richiede il dolo o la colpa grave per la sanzionabilità del danno erariale. Sottoporre chi assume delle decisioni in seno alla P.A. al rischio di condanna anche per colpa lieve potrebbe condurre all'inerzia degli organi decisionali e, di conseguenza, alla paralisi dell'azione amministrativa. Sono sottratte al vaglio della magistratura contabile, dunque, le decisioni frutto di scelte discrezionali che rientrano nell'autonomia manageriale conferita al dirigente. Viceversa, sono sindacabili gli atti *contra legem* intesi in senso ampio, essendovi ricompresi anche gli atti lesivi dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa, di economicità, efficacia ed efficienza e di proporzionalità della stessa⁽¹⁸⁾. La cognizione

⁽¹⁸⁾ TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 74 ss. e segnatamente 82, il quale sull'argomento evidenzia un parallelismo con la giurisdizione amministrativa. I tribunali amministrativi, infatti, al pari della Corte dei conti non possono sindacare il merito delle scelte discrezionali, se non quando la discrezionalità sconfini nell'eccesso di potere. L'Autore, ad ogni modo, sottolinea come il delineato «limite sindacatorio» sia alquanto «sottile».

giuscontabile si estende, perciò, anche agli atti formalmente leciti ma ciò nonostante sconvenienti o irrazionali secondo la comune esperienza amministrativa. Esemplificando, sono stati ritenuti sindacabili, gli atti compiuti da organi incompetenti, gli atti *contra legem*, quelli palesemente irragionevoli, quelli altamente diseconomici, quelli arbitrari, nonché quelli recanti ordinazioni irregolari di spesa⁽¹⁹⁾.

Naturalmente, qualsiasi sindacato dovrà presupporre una valutazione *ex ante*, e non *ex post*, prendendo in considerazione la situazione, le condizioni e gli elementi esistenti al momento della scelta, piuttosto che focalizzarsi esclusivamente sui risultati dannosi della medesima scelta. La valutazione sulla razionalità e sulla congruità delle condotte, quindi, va effettuata in relazione al momento in cui gli amministratori si sono trovati ad agire, avuto riguardo alle esigenze concrete che dovevano perseguire.

Quando la condotta lesiva è posta in essere da più persone, va tenuta distinta l'ipotesi del concorso tra dipendenti pubblici e soggetti estranei da quella in cui il concorso è limitato a soggetti interni all'amministrazione. Nel primo caso, saranno giudicati dalla Corte dei conti solo i soggetti interni, mentre gli esterni saranno assoggettati alla giurisdizione ordinaria, attivabile a domanda dell'amministrazione danneggiata. Nel secondo caso, invece, tutti gli interni saranno convenuti nel giudizio contabile, ma la responsabilità erariale sarà graduata secondo l'effettivo apporto di ciascuno alla condotta cagionevole di danno. La responsabilità amministrativa è, in altre parole, personale e parziaria, rimanendo confinata la responsabilità solidale ai casi di

⁽¹⁹⁾ TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 352 passa in rassegna la casistica sul tema.

concorrenti beneficiari di illecito arricchimento, ovvero che abbiano agito con dolo.

Un caso tipico di concorso di persone nella condotta è rappresentato dalle deliberazioni collegiali. Nella fattispecie, la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole. Tra questi ultimi, la responsabilità parziaria va ripartita secondo l'apporto causale e psicologico dato da ciascun partecipante. Il contributo dato dal presidente del collegio, piuttosto che dal relatore o dal proponente la delibera, è ben diverso rispetto a quello del membro «semplice», il quale può addirittura essere escluso dall'addebito se dolosamente indotto in errore dai colleghi⁽²⁰⁾. Quanto detto varrebbe per i collegi pletorici, o anche per quelli caratterizzati da forte specializzazione tecnica, non già per quelli ristretti, nei quali opererebbe un onere-obbligo di studio delle pratiche deliberate da parte di tutti i componenti⁽²¹⁾.

Sia relativamente alla responsabilità amministrativa che a quella contabile, assume rilievo l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, mentre le condotte ascrivibili a colpa lieve non comportano responsabilità del dipendente pubblico⁽²²⁾. In questo ultimo caso, le conseguenze del verificarsi di un danno restano a carico

⁽²⁰⁾ C. conti, sez. giur. Lombardia, 17 novembre 2003 n. 1224, in *Riv. Corte conti* 2004, 6, 95.

⁽²¹⁾ Cfr. C. conti, sez. I app., 13 marzo 1996 n. 9/A, in *Foro amm.* 1996, 3091.

⁽²²⁾ È il contenuto di più norme: nell'art. 93 del Testo unico degli Enti locali approvato con d.lgs. 18 luglio 2000 n. 267, nell'art. 2 l. 8 ottobre 1984 n. 658, nelle l. 14 gennaio 1994 nn. 19 e 29. Per approfondimenti si rinvia a D'AURIA-LANCIA, *La nuova funzione di controllo della Corte dei conti sui bilanci degli enti locali e delle aziende sanitarie*, in *Foro it.* 2008, I, 29. Originariamente, la responsabilità per dolo o colpa grave era prerogativa solo di alcune categorie di dipendenti pubblici, particolarmente esposti al rischio di cagionare un danno erariale, come i conducenti di autoveicoli e mezzi meccanici, il personale scolastico, il personale dell'amministrazione finanziaria preposto agli accertamenti con adesione, all'autotutela e alla conciliazione delle liti.

dell'amministrazione. Per valutare la sussistenza della colpa grave, non basta fare riferimento alla diligenza del *bonus pater familias*, bensì alla diligenza qualificata richiesta dalla natura e dalle caratteristiche dell'attività esercitata. Affinché si configuri la colpa grave, quindi, è necessario che l'agente abbia tenuto una condotta contraria a regole deontologiche elementari⁽²³⁾, ovvero che «abbia ommesso di attivarsi come si attiverebbe, nelle stesse situazioni, anche il meno sprovveduto degli esercenti quella determinata attività»⁽²⁴⁾. Deve trattarsi di errori inescusabili per la loro grossolanità, assenza di cognizioni fondamentali, difetto del minimo di perizia tecnica, esperienza e capacità professionale⁽²⁵⁾. Il dolo qui menzionato coincide con la nozione penalistica di cui agli articoli 42 e 43 cod. pen., cioè con la previsione e la volontà del danno come conseguenza della condotta⁽²⁶⁾. La colpa grave, invece, è data dall'oggettiva prevedibilità dell'evento dannoso, dalla violazione di elementari regole di comportamento, dall'inescusabile approssimazione nella tutela degli interessi pubblici, dall'assenza di difficoltà eccezionali nell'ottemperare ai doveri di servizio violati⁽²⁷⁾. Praticamente, affinché si possa definire grave il grado

⁽²³⁾ C. conti, sez. giur. Trentino-Alto Adige, 8 aprile 2009 n. 32, in *Riv. Corte conti* 2009, 2, 170 (s.m.).

⁽²⁴⁾ Così CHINDEMI, *op. cit.*, 1167.

⁽²⁵⁾ In questi termini C. conti, sez. giur. Sicilia, 15 dicembre 2003 n. 259, in *Foro amm. CdS* 2003, 3903 (s.m.).

⁽²⁶⁾ Sul punto, a titolo esemplificativo, si vedano C. conti, sez. giur. Sardegna, 18 novembre 2008 n. 2215, in *Riv. Corte conti* 2008, 6, 140, C. conti 1 luglio 2002 n. 228, in *Foro amm. CdS* 2002, 1885 e C. conti, sez. giur. Lombardia, 20 giugno 2002 n. 1305, in *Riv. Corte conti* 2002, 4, 214.

⁽²⁷⁾ Cfr. C. conti, sez. giur. Campania, 29 giugno 2000, in *Riv. Corte conti* 2000, 5, 128. Si ha colpa grave in presenza di violazione di precetti chiari e di errori professionali inescusabili, come pure in mancanza del minimo di perizia tecnica, di esperienza e di capacità professionale. In questi termini C. conti, sez. giur. Sicilia, 26

di colpa, è necessario riscontrare la macroscopica differenza tra il *minimum* di diligenza richiesta nel caso concreto e la condotta tenuta dal dipendente pubblico⁽²⁸⁾.

Particolari problematiche circa la valutazione della gravità della colpa emergono nei casi di *culpa in vigilando* del dirigente. Nella fattispecie, la giurisprudenza ha chiarito che la responsabilità dell'organo apicale riguarda l'andamento dell'attività di gestione del servizio, e non singoli atti commessi od omessi dai dipendenti preposti. In caso di organizzazione che prevede autonomo potere di definizione ai singoli dipendenti, non si può invocare automaticamente la responsabilità del dirigente per omessa vigilanza nei casi di illeciti commessi dai sottoposti. Al contrario, la responsabilità si configura in presenza di carenze organizzative, mancanza di direttive, omessa predisposizione di controlli⁽²⁹⁾.

L'esonero di responsabilità per *culpa levis*, su cui è stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte costituzionale⁽³⁰⁾, è finalizzato ad evitare che il timore di incorrere in responsabilità amministrativa determini il rallentamento o addirittura l'inerzia dell'azione amministrativa. Esso

marzo 2007 n. 801, in *For amm. TAR* 2007, 1176 (s.m.) e C. conti, sez. giur. Lazio, 23 maggio 2007 n. 738, in *Riv. Corte conti* 2007, 3, 173 (s.m.).

⁽²⁸⁾ C. conti, sez. giur. Veneto, 14 luglio 2005 n. 1010, in *Resp. civ. prev.* 2006, 713, con nota di RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa e l'omessa denuncia del fatto dannoso alla Corte dei conti: il caso degli appartenenti alle Forze armate*. Per la valutazione della colpa grave in ambito medico, si veda C. conti, sez. giur. Basilicata, 14 settembre 2006 n. 204, in *Resp. civ. prev.* 2007, 424, con nota di RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa e gli errori operatori: il caso del personale medico*. Per alcune «macro-ipotesi di colpa grave» si rinvia a TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 155 ss.

⁽²⁹⁾ Sulla responsabilità dirigenziale, vedasi C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 16 aprile 1997 n. 235, in *Riv. Corte conti* 1997, 5, 140 e C. conti, sez. III, 23 luglio 1996 n. 320, in *Riv. Corte conti* 1996, 5, 97.

⁽³⁰⁾ C. cost. 20 novembre 1998 n. 371, in *Giust. civ.* 1999, I, 377.

costituisce «un punto di equilibrio tra il *quantum* di rischio da accollare all'apparato pubblico e quello da lasciare a carico del dipendente, in modo da rendere, per i dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo, pur nel rispetto delle finalità restitutorie e di prevenzione assolute dall'illecito amministrativo-contabile»⁽³¹⁾.

Autonomo rispetto all'elemento psicologico è il nesso di causalità tra condotta ed evento⁽³²⁾. Non essendo stata delineata una nozione specifica per l'ambito amministrativo, si recupera anche in questo caso, come per la determinazione del dolo, la nozione penalistica di «nesso causale». La Corte dei conti, in merito, ha accolto l'orientamento espresso dalla Cassazione penale⁽³³⁾, più in particolare rifacendosi al principio della *condicio sine qua non*, che individua la causalità nella circostanza senza la quale non si sarebbe verificato l'evento, al principio della causalità adeguata, secondo il quale c'è causalità quando l'evento è conseguenza della condotta secondo l'*id quod plerumque accidit*⁽³⁴⁾, o ancora al principio della causalità umana, che prevede l'esclusione del

⁽³¹⁾ Cfr. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 151 che tuttavia esprime delle perplessità sulla generalizzazione dell'innalzamento della soglia di punibilità per tutte le categorie di dipendenti pubblici, a prescindere da qualifica e mansioni. Secondo l'Autore si tratta di «irragionevole appiattimento».

⁽³²⁾ *Ex multis* C. conti, Sez. riun., 5 marzo 1993 n. 848, in *Riv. Corte conti* 1993, 3, 64.

⁽³³⁾ Cass. 9 luglio 2008 n. 37992, in *Dir. e giust.* 15 novembre 2008 (s.m.) con nota di GIOFFREDA, *Responsabilità medica: nessun peso alla condotta del paziente successiva all'errata diagnosi*; Cass. 5 giugno 2008 n. 27959, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2384 e Cass. 3 giugno 2008 n. 26131, in *Cass. pen.* 2009, 4806, (s.m.), con nota di POTETTI, *I nuovi lineamenti dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose, conseguenti al c.d. «pacchetto sicurezza»*. Si vedano, sull'argomento, C. conti 12 giugno 2006 n. 133, in *Riv. Corte conti* 2006, 3, 92, C. conti 6 marzo 2006 n. 68, in *Dir. giust.* 2006, 26, 108, C. conti 25 maggio 2004 n. 273, in *Foro amm. Cds* 2004, 1531, C. conti 15 settembre 2003 n. 289, in *Dir. giust.* 2003, 46, 112.

⁽³⁴⁾ Cfr. C. conti 9 ottobre 1991 n. 303, in *Riv. Corte conti* 1991, 5, 86.

nesso causale ad opera di fatti imprevedibili o atipici⁽³⁵⁾. Il nesso eziologico è escluso solo al verificarsi di una causa che abbia autonoma efficienza e sia di per sé idonea a produrre l'evento, interrompendo ogni legame tra la causa remota ed il presunto danno⁽³⁶⁾. Il nesso causale, o l'elemento soggettivo, viene meno in presenza di cause di giustificazione, anche queste di derivazione penalistica, come ad esempio l'incapacità di intendere e di volere, il caso fortuito e la forza maggiore, l'adempimento di un dovere e l'esercizio di un diritto, lo stato di necessità e la legittima difesa. Queste ultime due cause esimenti, peraltro, previste nel codice penale hanno un loro omologo nella legge n. 3 del 1957, precisamente all'art. 29. Le cause esimenti determinano la non imputabilità della responsabilità per inesigibilità concreta del comportamento del dipendente⁽³⁷⁾. Per contro, non vale come esimente, se non a fini riduttivi, l'essersi uniformati a prassi reiterate⁽³⁸⁾.

Tralasciando l'elemento soggettivo e soffermandoci solo su quello oggettivo, si può affermare che il danno erariale è rappresentato dal deterioramento o dalla perdita di beni o denaro dell'amministrazione,

⁽³⁵⁾ C. conti, sez. giur. Sicilia, 20 febbraio 1991 n. 11, in *Riv. Corte conti* 1991, 1, 162.

⁽³⁶⁾ C. conti, sez. giur. Lazio, 26 febbraio 1998 n. 23, in *Riv. Corte conti* 1998, 4, 114.

⁽³⁷⁾ IEVA, *Responsabilità erariale del dirigente per disorganizzazione amministrativa*, in *Riv. Corte conti* 2006, 3, 343.

⁽³⁸⁾ Un tanto nel caso di prassi amministrative *contra legem*. Si vedano C. conti 10 luglio 2006 n. 156, in *Riv. Corte conti* 2006, 4, 42, C. Conti 5 aprile 2006 n. 177, in *Riv. Corte conti* 2006, 2, 117, C. conti 15 luglio 2005 n. 465, in *Riv. Corte conti* 2005, 4, 68. Al contrario, talune pronunce riconoscono l'effetto scriminante nel caso di prassi *praeter legem*. Così C. conti, sez. giur. Toscana, 31 gennaio 2006 n. 7, in *Foro amm. TAR* 2006, 414 (s.m.) e C. conti, sez. giur. Umbria, 12 luglio 2001 n. 315, in *Riv. Corte conti* 2001, 3, 182. In dottrina, sul punto si rinvia a REBECCHI, *Prassi contra legem e responsabilità amministrativo-contabile; valore scriminante della colpa grave?*, in *Riv. Corte conti* 1999, 2, 194.

ovvero dal mancato conseguimento di incrementi patrimoniali in capo all'amministrazione. Il danno rispecchia dunque la distinzione tradizionale tra danno emergente e lucro cessante e si rispecchia in ipotesi atipiche frutto di condotte a forma libera.

Il danno come sopra delineato può poi esplicitarsi in un danno diretto ovvero in un danno indiretto. Nel primo caso si è in presenza di un danno arrecato sin dall'origine in capo all'ente pubblico, come nel caso di sottrazione di denaro pubblico, mentre nel secondo caso il danno è cagionato originariamente verso terzi, ma in seconda battuta ricade sul patrimonio pubblico, come nel caso di danno a una società a partecipazione pubblica, danno che in via mediata ricade sull'ente pubblico azionista.

Tradizionalmente, dunque, il carattere essenziale del danno erariale era la patrimonialità: per la sua configurabilità necessitava il pregiudizio di interessi suscettibili di valutazione economica. Tuttavia, siffatta impostazione è stata progressivamente superata dall'evoluzione che portato alla «depatrimonializzazione della responsabilità»⁽³⁹⁾ ed alla emersione del danno biologico risarcibile a prescindere dalla perdita di capacità reddituale del danneggiato⁽⁴⁰⁾. Recentemente, infatti, si è affermato un filone giurisprudenziale che, a seguito delle riforme degli anni novanta e della mutata sensibilità sociale verso interessi collettivi non necessariamente patrimoniali, tende a tutelare interessi ulteriori

⁽³⁹⁾ Così RODRIQUEZ, *Tangenti e danno all'immagine: un altro intervento del giudice contabile*, nota a C. conti 7 dicembre 2007 n. 502, in *Resp. civ. prev.* 2008, 1165.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto, C. conti, Sez. riun., 23 aprile 2003 n. 10, in *Giur. it.* 2003, 1710 con nota di POTO, *Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione al vaglio delle Sezioni Riunite della Corte dei conti*. Le Sezioni riunite, in merito, hanno affermato che il danno all'immagine patito da un'amministrazione pubblica rappresenta una delle fattispecie del danno esistenziale.

rispetto alla mera integrità patrimoniale dell'amministrazione⁽⁴¹⁾. Il concetto di danno erariale cede il passo a quello del più ampio «danno pubblico», che oltre alla lesione patrimoniale ricomprende la lesione di interessi generali di natura pubblica, comunque suscettibili di valutazione economica, ancorché la Corte dei conti avesse ribadito a più riprese la propria giurisdizione limitatamente ai casi di «nocumento patrimoniale effettivo» subito dalla pubblica amministrazione⁽⁴²⁾.

In conclusione, si può affermare che, affinché ricorra l'ipotesi del danno erariale, devono coesistere i seguenti presupposti: deve essersi verificata la lesione ingiusta di un interesse economicamente valutabile dello Stato o di altri enti pubblici, la lesione deve essere stata causata da soggetti legati allo Stato o all'ente pubblico da un rapporto di servizio, la condotta dell'agente deve essere dolosa o colposa ed il danno deve avere i requisiti della certezza, dell'attualità e dell'effettività: il nocumento al patrimonio pubblico deve essersi verificato, deve sussistere all'atto del radicamento del giudizio amministrativo e al momento della decisione, deve essere reale, anche se non definitivo, e non meramente ipotetico⁽⁴³⁾.

3. La responsabilità amministrativa – Il funzionario, dipendente, amministratore pubblico vede coinvolta la propria responsabilità nei confronti della stessa amministrazione per la quale agisce. A seconda che egli abbia commesso un reato, un illecito disciplinare ovvero abbia cagionato un danno, vi sarà responsabilità rispettivamente penale,

⁽⁴¹⁾ Cass. 10 luglio 1991 n. 7642, in *Giust. civ.* 1991, I, 1955, Cass. 5 dicembre 1992 n. 12951, in *Foro it.* 1994, I, 561.

⁽⁴²⁾ C. conti, Sez. riun., 6 maggio 1988 n. 580/A, in *Giust. civ.* 1989, I, 1497.

⁽⁴³⁾ C. conti, sez. III centr., 30 luglio 2002 n. 265, in *Riv. Corte conti* 2002, 4, 210 (s.m.).

disciplinare o verso la P.A. A sua volta, la responsabilità verso la P.A. si distingue in responsabilità amministrativa e contabile.

A dette forme di responsabilità va aggiunta, a seguito della recente modifica del pubblico impiego⁽⁴⁴⁾, la responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi attribuiti, la quale comporta la riduzione del trattamento economico accessorio e, nei casi più gravi, l'impedimento al rinnovo dell'incarico. Il tutto figlio di un'ottica nuova in cui inquadrare la P.A., da soggetto che persegue la mera legittimità amministrativa a soggetto operante in ossequio ai canoni di efficacia, efficienza ed economicità.

Il fondamento della responsabilità del pubblico funzionario o dipendente va rinvenuto nell'art. 28 della Costituzione, che prevede, al primo comma, che «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti»⁽⁴⁵⁾.

A delimitare tale responsabilità concorrono altresì testi normativi risalenti, come il Testo Unico degli impiegati civili dello Stato⁽⁴⁶⁾, il quale stabilisce che il danno ingiusto addebitabile all'agente è quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o colpa grave. Il r.d. 2440 del 1923 prevede esplicitamente l'obbligo del risarcimento del danno cagionato dall'impiegato nell'esercizio delle sue funzioni. Il r.d. 1214 del 1934,

⁽⁴⁴⁾ Si allude alla cosiddetta «riforma Brunetta» intervenuta con d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, in attuazione della delega conferita con l. 4 marzo 2009 n. 15.

⁽⁴⁵⁾ Sulla portata dell'art. 28 Cost., si vedano *ex plurimis* MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 229 e MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1986, 41.

⁽⁴⁶⁾ D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, in particolare l'art. 23.

poi, radica la giurisdizione in merito presso la Corte dei conti. Sulle competenze della Corte è poi intervenuta l'importante modifica di cui alla l. 20 del 1994, poi novellata dalla l. 639 del 1996, che ha esteso le regole per la responsabilità amministrativa anche ai casi di danno arrecato ad amministrazione diversa da quella di appartenenza del soggetto cagionante il nocumento, definendo all'art. 1 le caratteristiche dell'azione di responsabilità amministrativa: «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità delle scelte discrezionali». Tale ultima riforma ha reso perseguibile il cosiddetto «danno obliquo», vale a dire quello patito da amministrazione diversa da quella di appartenenza, facendo sì che assoggettati alla responsabilità amministrativa non fossero più i soli pubblici dipendenti, ma tutti coloro che fossero investiti dello svolgimento continuativo di un'attività nei confronti della P.A., venendo inseriti nella struttura pubblica e sottoposti a norme sull'esercizio dell'attività medesima, norme imposte dalla natura pubblica della funzione. In questo contesto, non rileva tanto la natura del soggetto agente, sia esso persona fisica o giuridica, società partecipata in via totalitaria, maggioritaria o anche solamente minoritaria, quanto l'appartenenza in senso lato all'amministrazione e l'esercizio di funzioni pubbliche sottoposte alle regole amministrative.

La disciplina è stata infine aggiornata nell'ultimo decennio mediante l'introduzione, ad opera della l. 97 del 2001, della responsabilità per danno erariale nei casi di sentenza irrevocabile di condanna per reati contro la pubblica amministrazione, la quale sentenza va trasmessa al Procuratore presso la Corte dei conti per gli accertamenti

patrimoniali del caso. Del 2008, poi, è la legge n. 31, la quale ha introdotto un criterio di riparto di giurisdizione tra autorità giudiziaria ordinaria e contabile in tema di società a partecipazione pubblica, riservando alla seconda le sole fattispecie verificatesi a danno di società a partecipazione pubblica maggioritaria, non quotate in borsa.

Quando la persona, legata all'amministrazione da un rapporto organico o di servizio, leda gli interessi dell'amministrazione stessa cagionando ad essa un pregiudizio, si ha quindi quella particolare forma di responsabilità verso la P.A. che si bipartisce in responsabilità amministrativa e contabile.

La responsabilità amministrativa è di carattere generale e riguarda tutti i danni a contenuto patrimoniale causati dal funzionario o dipendente nei confronti dell'ente cui è legato da rapporto di servizio. Al contrario, la responsabilità contabile si configura in casi particolari, vale a dire solo ed esclusivamente nei riguardi di coloro che rivestono la qualifica di agente contabile. Essi sono gli incaricati della riscossione e del versamento delle entrate dell'ente, e più in generale coloro che maneggiano il denaro pubblico, di diritto o anche meramente di fatto, o che hanno in consegna i beni di proprietà dell'ente. In entrambi i casi il giudizio si tiene dinanzi alla Corte dei Conti, ma con regole diverse. Ad esempio, solo nel caso del giudizio per responsabilità amministrativa la Corte ha il potere cosiddetto riduttivo, che consente di ridurre il danno risarcibile da parte del funzionario.

Il potere riduttivo è uno strumento teso a commisurare l'entità del risarcimento alla responsabilità del convenuto⁽⁴⁷⁾ e rappresenta un *unicum* nel panorama normativo italiano. Non va confuso con la

⁽⁴⁷⁾ Ai sensi dell'art. 52 r.d. 12 luglio 1934 n. 1214. Sul punto, si veda C. conti, Sez. riun., 6 giugno 1990 n. 671, in *Riv. Corte conti* 1990, 4, 75.

pronuncia secondo equità, né con la valutazione equitativa del danno certo ma non determinabile. La *ratio* del potere può essere rinvenuta nella «situazione di maggior rischio derivante in alcuni settori di azione dei pubblici poteri, dall'esercizio di attività potenzialmente di danno»⁽⁴⁸⁾. Attualmente, il potere in questione è espressamente previsto dall'art. 1 comma 1-*bis* l. 20 del 1994. Esso consente di ripartire il rischio del danno tra l'autore e la pubblica amministrazione⁽⁴⁹⁾, mediante il potere conferito al giudice di ridurre il *quantum* del danno, finanche alla completa esclusione di qualsiasi addebito al pubblico dipendente⁽⁵⁰⁾.

Ulteriore carattere peculiare della responsabilità amministrativa è l'intrasmissibilità agli eredi. Per tutti i dipendenti pubblici, la responsabilità amministrativa è personale e non si trasmette agli eredi⁽⁵¹⁾. Il debito che scaturisce dal giudizio dinanzi alla Corte dei conti si trasmette agli eredi limitatamente al caso di indebito arricchimento degli eredi stessi, secondo quanto previsto dall'art. 1 comma 1 l. 20 del 1994. In proposito, non è corretto considerare l'intrasmissibilità una deviazione dal sistema ordinario civilistico, quanto una «connotazione

⁽⁴⁸⁾ Cfr. C. conti 15 febbraio 1994 n. 44, in *Riv. Corte conti* 1994, 1, 79 (s.m.).

⁽⁴⁹⁾ Sul potere riduttivo inteso come potere di ripartire il rischio d'amministrazione, si veda C. conti 10 aprile 2001 n. 134/A, in *Riv. Corte conti* 2001, 2, 123. Concorde C. conti 8 febbraio 1995 n. 6/A, in *Riv. Corte conti* 1995, 1, 117. Non mancano posizioni dottrinali opposte, secondo cui il potere riduttivo costituirebbe strumento di graduazione dell'elemento psicologico e dell'apporto causale da parte del soggetto agente. In tal senso TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile del personale militare*, in POLI-TENORE (a cura di), *L'ordinamento militare*, Milano, 2006, 862 e SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001, 102.

⁽⁵⁰⁾ Casi di riduzione totale dell'addebito sono alquanto rari. Un precedente isolato è rappresentato da C. conti 5 ottobre 2001 n. 291/A, in *Riv. Corte conti* 2001, 5, 85.

⁽⁵¹⁾ Un tanto vale anche per la responsabilità contabile, come affermato da C. conti 18 marzo 2002 n. 88, in *Foro amm. Cds* 2002, 809.

propria della responsabilità amministrativa»⁽⁵²⁾. Siffatta ricostruzione di fatto mette in crisi le posizioni dottrinali tradizionali, che assimilavano la responsabilità amministrativa a quella civile⁽⁵³⁾, nelle forme della responsabilità contrattuale o extracontrattuale, nonostante autorevole giurisprudenza abbia ritenuto che la responsabilità amministrativa conservi la sua natura di responsabilità patrimoniale-civilistica, e non abbia assunto quella di responsabilità sanzionatoria-pubblicistica⁽⁵⁴⁾.

Invero, l'intrasmissibilità non opera in tutto e per tutto, permanendo in capo all'amministrazione danneggiata l'esercizio dell'azione di indebito arricchimento, secondo il principio generale *nemo locupletari possunt cum aliena iactura*. Tale seconda azione non rappresenta la prosecuzione dell'azione nei confronti dell'agente, ma opera come azione autonoma, basata su presupposti specifici e vincolata all'onere probatorio gravante in capo alla procura contabile⁽⁵⁵⁾. Contrariamente a quanto affermato, si è sviluppato in merito un orientamento giurisprudenziale pressoché pacifico, secondo cui esisterebbe una presunzione relativa di indebito arricchimento degli eredi conseguente a quello del loro dante causa, secondo l'*id quod plerumque accidit*. La conseguenza è l'inversione dell'onere della prova, per cui dovrebbe essere l'erede a dimostrare che i proventi della condotta del proprio

⁽⁵²⁾ C. conti, Sez. riun., 1 marzo 1996 n. 26, in *Riv. amm. R. it.* 1997, 224. Conformi C. conti, Sez. riun., 4 marzo 1996, n. 10, in *Riv. amm. R. it.* 1997, 224 e C. conti, Sez. riun., 31 ottobre 1994, n. 988, in *Riv. amm. R. it.* 1995, 266, con nota di MADDALENA, *L'intrasmissibilità della responsabilità amministrativa agli eredi*.

⁽⁵³⁾ Di questo avviso RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi*, nota a Trib. Udine 25 gennaio 2007, in *Resp. civ. prev.* 2007, 2618.

⁽⁵⁴⁾ In tal senso Cass., Sez. un., 21 marzo 2001 n. 123, in *Riv. Corte conti* 2001, 2, 264.

⁽⁵⁵⁾ SCOCA, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997, 127.

dante causa sono stati consumati in vita dal medesimo, e nessun beneficio è stato trasmesso *mortis causa*⁽⁵⁶⁾. Naturalmente, il ragionamento di cui sopra vale in caso di apertura della successione in pendenza del giudizio di responsabilità amministrativa. Al contrario, nel caso in cui l'apertura della successione avviene dopo il passaggio in giudicato della sentenza che accerta la sussistenza del danno erariale e la responsabilità dell'agente, «l'obbligazione risarcitoria deve considerarsi già sorta in capo all'agente (ormai non più presunto) responsabile e già rientrante nel suo patrimonio ereditario»⁽⁵⁷⁾.

Una forma del tutto peculiare di danno erariale è rappresentata dal danno all'immagine, sulla cui nozione e configurabilità si registra una particolare attenzione da parte dei giudici contabili. Il danno all'immagine può essere definito come la perdita di prestigio ed il detrimento alla dignità e rispettabilità dello Stato che consegue alla lesione di un bene immateriale, componente del pubblico potere⁽⁵⁸⁾. La

⁽⁵⁶⁾ «Appare dunque ragionevole presumere, sia pure in via relativa, la consequenzialità di cui si è detto [arricchimento dell'erede come conseguenza normale dell'arricchimento del *de cuius*] lasciando agli eredi la possibilità di superare il dato presuntivo dimostrando che ciò che è stato loro trasferito con l'eredità rappresenta (in tutto o in parte) non un "indebito" ma un "dovuto"». Cfr. C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 17 gennaio 2006, n. 3, in *Riv. Corte conti* 2006, 1, 157 (s.m.). La sentenza per esteso è disponibile in *Banca dati Dejure*. La presunzione di arricchimento come sopra esposta non è aderente né al dato normativo, né alla disciplina ordinaria dell'onere della prova, per cui pare preferibile accogliere la tesi, isolata, espressa in C. conti 18 marzo 2002 n. 88, in *Foro amm. CdS* 2002, 809, secondo cui l'onere di provare l'illecito arricchimento del dante causa e l'indebito arricchimento degli eredi è posto in capo alla procura presso la Corte dei conti.

⁽⁵⁷⁾ In questi termini RODRIQUEZ, *La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi*, cit., 2624.

⁽⁵⁸⁾ Così C. conti 7 dicembre 2007 n. 501 (s.m.), in *Resp. civ. prev.* 2008, 1163, con nota di RODRIQUEZ, *Tangenti e danno all'immagine: un altro intervento del giudice contabile*. Sul tema, si veda altresì RODRIQUEZ, *Il danno all'immagine: amministrazione civile e militare a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 2337, in nota

giurisprudenza, in particolare, si è occupata di definire se si tratta di un danno patrimoniale indiretto, piuttosto che di un danno non patrimoniale, a di definire *an* e *quantum* del danno medesimo.

Innanzitutto, va detto che l'individuazione del danno all'immagine è avvenuta in seguito di una progressiva evoluzione giurisprudenziale, culminata in una sentenza della sezione Lombardia della Corte dei conti⁽⁵⁹⁾ che ha ritenuto il danno all'immagine come una specie di danno non patrimoniale. Nella fattispecie, il danno era riconducibile al clamore dato dalla stampa ai fatti, che aveva aumentato l'attenzione della cittadinanza sulla vicenda, e con essa il discredito per l'amministrazione pubblica. Tuttavia, in tema di danno all'immagine e al prestigio della P.A. la giurisprudenza è tuttora contraddittoria. Le Sezioni riunite della

a C. conti sez. Calabria 26 maggio 2009 n. 240. Sull'argomento del danno non patrimoniale alla pubblica amministrazione, si vedano ARRIGONI, *Moralità pubblica e danno non patrimoniale davanti alla Corte dei conti: due sentenze a confronto*, in *Riv. amm.* 2004, III, 1216, GIRACCA, *Esiste il danno erariale all'immagine di un ente pubblico?*, in *Foro it.* 2000, III, 264, IMPECIATI, *Danno morale: configurabilità e risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione*, in *TAR* 1994, II, 102, LUPI, *Osservazioni in tema di danno all'immagine*, in *Riv. Corte conti* 1998, 3, 187, VENTURINI, *Danno c.d. «morale» patito dal soggetto pubblico: natura e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Dir. proc. amm.* 2000, 907, DI STEFANO, *La giurisprudenza contabile dopo le innovazioni legislative: il danno all'immagine*, in PASQUALUCCI-SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, 174, MANFREDI SELVAGGI, *Il danno all'immagine del Comune non dipende da quello patrimoniale*, in *Guida enti locali* 2002, 49, 76, CACACE, *Il danno non patrimoniale alla P.A.: immagine, credibilità ed efficienza organizzativa*, in PONZANELLI (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004, PAVONI, *La Corte dei conti e il danno all'immagine della pubblica amministrazione: un anno di pronunce a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 2006, 527.

⁽⁵⁹⁾ Si tratta di un caso di corruzione. C. conti, sez. giur. Lombardia, 24 marzo 2004 n. 31, in *Foro amm.* 1994, 2573; con nota di TENORE, *Giurisdizione contabile sul danno non patrimoniale alla pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.* 1994, 1203. Conformi C. conti 27 aprile 1994 n. 114, in *Foro amm.* 1994, 2570 e C. conti, sez. giur. Lombardia, 12 gennaio 1996 n. 133, in *Riv. Corte conti* 1996, 2, 98.

Corte dei conti⁽⁶⁰⁾ hanno ritenuto che questo tipo di danno si risolva in maggiori oneri per la collettività imputabili alla carente utilizzazione delle risorse pubbliche e ai costi aggiuntivi necessari per fronteggiare la minore credibilità dell'amministrazione. Sul piano probatorio, detto danno emergerebbe come danno-evento e non come danno-conseguenza, talché la tutela sia assicurata per il semplice fatto della lesione della prerogativa. La quantificazione del danno viene quindi rimessa all'apprezzamento del giudice. Mentre la pronuncia in questione riconduce il danno all'immagine nell'alveo dell'art. 2043 cod. civ., non sono mancate sentenze che lo fanno rientrare nell'ambito dell'art. 2059 cod. civ.⁽⁶¹⁾, così come non mancano decisioni che restano ancorate alla tesi del danno-conseguenza, richiedendo, ai fini del ristoro della pretesa risarcitoria, l'allegazione delle spese sostenute o dei maggiori oneri sopportati al fine di ripristinare l'immagine lesa⁽⁶²⁾. Di contrario avviso è la giurisprudenza più recente, che qualifica il danno all'immagine come un danno-evento, che rileva quindi a prescindere dal sostenimento di spese per il ripristino del decoro leso⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ C. conti, Sez. riun., 23 aprile 2003 n. 10, già citata alla nota 16. Nello stesso filone giurisprudenziale si collocano C. conti 20 marzo 2007 n. 64, in *Riv. Corte conti* 2007, 2, 82.

⁽⁶¹⁾ C. conti 10 gennaio 2005 n. 3, in *Foro amm. CdS* 2005, 236. C. conti, sez. Toscana, 6 giugno 2005 n. 306 e 30 marzo 2005 n. 147, in *Foro amm. TAR* 2005, 901 (s.m.) riconducono il danno all'art. 2059, ma ripudiano la teoria del danno-evento.

⁽⁶²⁾ *Ex plurimis*, si richiamano C. conti, sez. giur. Sicilia, 18 maggio 2005 n. 1164, in *Riv. Corte conti* 2005, 3, 160 e C. conti, sez. giur. Friuli-Venezia Giulia, 28 aprile 2006 n. 228, in *Riv. Corte conti* 2006, 2, 162.

⁽⁶³⁾ C. conti 2 luglio 2008 n. 283, in *Foro amm. CdS* 2008, 2243, C. conti 26 giugno 2008 n. 272, in *Foro amm. CdS* 2008, 1903, C. conti, sez. giur. Lazio, 10 dicembre 2008 n. 1951, in *Riv. Corte conti* 2008, 6, 131 (s.m.), C. conti 16 aprile 2007 n. 94, in *Riv. Corte conti* 2007, 2, 67.

Aderendo alla tesi del danno all'immagine come danno non patrimoniale, svincolato dunque da commisurazione alle spese necessarie al ripristino dell'immagine medesima, emerge con chiarezza il problema a determinare nel *quantum* l'entità del danno. La soluzione preferita dalla giurisprudenza è la determinazione secondo equità, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., parametrando il risarcimento a criteri quali la gravità dei fatti, l'arbitrarietà della condotta illecita, il clamore destato dalla vicenda⁽⁶⁴⁾.

La natura giuridica della responsabilità amministrativa ha suscitato un acceso dibattito dottrinale, che l'ha vista ricondurre ora alla responsabilità civile, ora ad una responsabilità diversa, di stampo pubblicistico. Tra i fautori della teoria civilistico-risarcitoria, distinguiamo coloro che propendono per la natura contrattuale della responsabilità da coloro i quali propendono per la natura extracontrattuale. Secondo i primi, la responsabilità amministrativa rientrerebbe nel genere della responsabilità civile contrattuale, avendo essenzialmente natura risarcitoria, con funzione di reintegrazione delle casse erariali, basata sull'esistenza di un rapporto di servizio tra agente e amministrazione danneggiata⁽⁶⁵⁾. Altri distinguono tra responsabilità contabile ed amministrativa: la prima avrebbe natura contrattuale,

⁽⁶⁴⁾ C. conti 24 febbraio 2009 n. 97, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1397, che ha evidenziato un ulteriore profilo di lesione dell'immagine: non verso la collettività, ma anche verso gli stessi dipendenti dell'amministrazione, i quali subiscono l'effetto demotivante del discredito gettato sull'ente presso cui lavorano.

⁽⁶⁵⁾ A questa tesi si rifanno ALESSI, *Responsabilità amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, 623, GARRI, *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991, STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Riv. Corte conti* 1996, 2, 293. Non manca chi, come SCOCA, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, cit., 2 reputa che la propensione per la teoria della responsabilità contrattuale sia dovuta al termine di prescrizione più lungo ed all'onere probatorio più agevole.

essendo ancorata ad un obbligo restitutorio, mentre la seconda sarebbe di tipo extracontrattuale, «espressiva del generale principio del *neminem laedere*», alla luce della riforma del 1994 che ammette la perseguibilità del c.d. danno obliquo, quindi al di fuori di un rapporto contrattuale, ed individuando il termine di prescrizione in cinque anni, termine ordinario per l'azione aquiliana⁽⁶⁶⁾. A queste prime impostazioni se ne contrappone un'altra, pubblicistico-sanzionatoria, che evidenzia l'aspetto repressivo, afflittivo e di deterrenza, della responsabilità amministrativa, oltre alle differenze con l'ordinario regime contrattuale civilistico⁽⁶⁷⁾, e segnatamente l'intrasmissibilità agli eredi del debito, il potere riduttivo, il grado minimo della colpa grave, l'officiosità dell'azione della procura contabile, oltre alla non esperibilità dell'azione revocatoria da parte della Corte dei conti. Il limite più evidente all'approccio da ultimo esposto è rappresentato dalla atipicità dell'illecito, carattere che manca nei «diritti punitivi», come gli illeciti penali e disciplinari. Inoltre, la pretesa sanzione coinciderebbe con il danno arrecato, che costituisce limite nell'entità⁽⁶⁸⁾. In aggiunta a queste due teorie, quella privatistica e quella pubblicistica, ne è stata prospettata una terza, secondo cui la responsabilità amministrativa rientrerebbe in un *tertium genus* di illecito speciale, retto da una disciplina autonoma che compendia profili

⁽⁶⁶⁾ Così TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 21. Nello stesso senso sembra andare anche la Suprema corte, che con l'ordinanza n. 19667 del 2003, meglio esaminata *infra*, sugli illeciti commessi dai dipendenti di enti pubblici economici sancisce la giurisdizione contabile anche per i danni ad enti diversi da quello di appartenenza.

⁽⁶⁷⁾ SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, 10.

⁽⁶⁸⁾ TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 26.

civilistici e penalistici e soggetto ad un'azione pubblica-risarcitoria⁽⁶⁹⁾. Tale ultima lettura pare confermata dall'esistenza di tratti distintivi particolarmente significativi, che differenziano la responsabilità amministrativa dai modelli civilistico-risarcitorio e pubblicistico-sanzionatorio, coordinando la natura patrimoniale con il carattere personale della responsabilità, oltre che venire autorevolmente avallata dalla giurisprudenza costituzionale⁽⁷⁰⁾.

Il tema della natura della responsabilità, comunque, con la novella del 1994 che ha delineato un regime speciale puntuale e dettagliato, ha perso di rilievo pratico, in quanto le dissertazioni che originariamente avevano come scopo quello di individuare principalmente il regime probatorio ed i termini per l'azione sono oramai prive di utilità pratica: è pacifico che l'onere della prova grava sempre sulla Procura contabile, mentre il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno erariale è di cinque anni. Relativamente al termine prescrizione, il *dies a quo* coincide, a termine di legge, con la «verificazione» del fatto dannoso. Il concetto di «verificazione», tuttavia, non è univoco nella giurisprudenza contabile. Vero è che la decorrenza del termine inizia col perfezionamento della fattispecie dannosa⁽⁷¹⁾, ma è altrettanto vero che l'azione illecita e l'effetto dannoso possono prodursi in tempi differenti, anche distanti tra loro, nel qual caso la decorrenza è posticipata al

⁽⁶⁹⁾ C. cost. 20 novembre 1998 n. 371, in *Giust. civ.* 1999, I, 377 e in *Riv. amm. R. it.* 1998, 945, con nota di MADDALENA, *La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998*.

⁽⁷⁰⁾ C. cost. 20 novembre 1998 n. 371, cit., e C. cost. 30 dicembre 1998 n. 453, in *Giust. civ.* 1999, I, 647.

⁽⁷¹⁾ C. conti, Sez. riun., 25 ottobre 1996 n. 62/A, in *Riv. Corte conti* 1996, 6, 87. Conformi C. conti, Sez. riun., 26 febbraio 2001 n. 2, in *Riv. Corte conti* 2001, 1, 93 e C. conti, sez. I, 15 luglio 2002 n. 239/A, in *Riv. Corte conti* 2002, 4, 127.

verificarsi dell'evento dannoso. Inoltre, la giurisprudenza contabile richiede un presupposto ulteriore rispetto all'evento, vale a dire la sua conoscibilità oggettiva in capo all'amministrazione danneggiata. Qualora il danno sia oggetto di occultamento doloso, il *dies a quo* coincide con la data della scoperta del fatto da parte dell'amministrazione.

4. La responsabilità contabile – Per responsabilità contabile⁽⁷²⁾ si intende quella peculiare responsabilità patrimoniale, gravante su coloro che hanno il maneggio di denaro o di altri valori dello Stato, ovvero la materiale disponibilità di beni, individuata *ex art. 74 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440*.

Possono incorrere nella responsabilità contabile gli agenti contabili, inquadrati dalla dottrina in tre diverse categorie: gli agenti della riscossione o esattori, incaricati di riscuotere le entrate, gli agenti pagatori o tesorieri, incaricati della custodia del denaro e dell'esecuzione dei pagamenti e gli agenti consegnatari, incaricati della conservazione di oggetti e materiali appartenenti all'amministrazione⁽⁷³⁾.

Il carattere distintivo tra agente contabile ed agente amministrativo è dunque dato dalla disponibilità materiale di denaro o beni appartenenti alla pubblica amministrazione, che è posta a fondamento della «più rigorosa responsabilità»⁽⁷⁴⁾ dell'agente contabile: mentre la responsabilità amministrativa è conseguenza di qualunque condotta

⁽⁷²⁾ Sull'argomento, si rinvia a GARRI, *Responsabilità contabile*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991 per quanto attiene all'inquadramento generale. Per la disciplina in vigore dopo la riforma del 1994, si rinvia a TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 17.

⁽⁷³⁾ La figura dell'agente contabile è tratteggiata, *ex multis*, da RODRIQUEZ, *Un chiarimento sugli elementi costitutivi della responsabilità contabile*, nota a C. Conti 15 luglio 2008 n. 324/A, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2582.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 17.

dannosa dolosa o gravemente colposa, la responsabilità contabile si configura in caso di inosservanza dell'obbligazione principale gravante in capo all'agente contabile, vale a dire l'obbligo di restituire i valori gestiti o custoditi.

Ulteriore distinzione interviene in seno agli agenti contabili, tra agenti contabili di diritto e agenti contabili di fatto. I primi sono titolari di una formale e legale investitura, obbligati da norme giuridiche alla custodia dei valori loro assegnati, a differenza dei secondi che maneggiano valori dello Stato senza formale investitura o autorizzazione. Simile fattispecie può ascriversi all'indebita ingerenza fatta in buona fede, allo stato di necessità o ancora per un difetto genetico dell'atto di nomina, tuttavia deve essere comunque collegata allo svolgimento di una funzione pubblica. In difetto, quando cioè un soggetto si dovesse appropriare di denaro o beni dello Stato a prescindere dallo svolgimento di pubbliche funzioni, la responsabilità contabile non si realizza, trattandosi di illecito penale. La contestazione della responsabilità contabile ad agenti di fatto è più frequente di quanto non si possa credere. A titolo esemplificativo, si segnala come sia stato ritenuto agente contabile di fatto il direttore di un centro di formazione professionale ingeritosi illecitamente nella gestione finanziaria del centro allo scopo di distrarre a proprio vantaggio fondi pubblici⁽⁷⁵⁾. Allo stesso modo, è stato considerato agente di fatto il presidente di una società concessionaria di opera pubblica, ingeritosi continuativamente nella gestione delle risorse pubbliche finalizzate alla realizzazione dell'opera⁽⁷⁶⁾. O ancora si riporta il caso di una società affidataria della gestione dei parcheggi comunali a pagamento che aveva corrisposto

⁽⁷⁵⁾ Cfr. C. Conti 14 febbraio 2005 n. 75, in *Dir. e giust.* 2005, 20, 107.

⁽⁷⁶⁾ C. Conti 20 marzo 2006 n. 125, in *Foro amm. CdS* 2006, 1042.

all'ente locale solo pagamenti parziali⁽⁷⁷⁾). Anche le Sezioni unite della Cassazione si sono occupate della questione, in sede di regolamento di giurisdizione⁽⁷⁸⁾, sentenziando che la qualità di agente contabile è indipendente dal titolo giuridico in virtù del quale il soggetto abbia il maneggio del denaro pubblico, essendo rilevante piuttosto la relazione tra ente e soggetto, a seguito della quale il maneggio del denaro avvenga in funzione della pertinenza di tale denaro all'ente, secondo uno schema procedimentale di tipo contabile. Secondo la Suprema corte, infatti, la nozione allargata di agente contabile di fatto è in armonia con l'art. 103 Cost., «la cui forza espansiva deve considerarsi un vero e proprio principio regolatore della materia». Ad ogni modo, anche la qualifica di agente contabile di diritto può determinarsi in capo ad un privato, legato alla P.A. da rapporto di servizio. È il caso tipico della banca che curi per conto dell'ente il servizio di tesoreria.

Ciò che preme ribadire è che, affinché si possa parlare di responsabilità contabile, l'appropriazione di beni o denaro pubblici deve pur sempre essere correlata allo svolgimenti di una funzione pubblica, altrimenti la giurisdizione coinvolta sarebbe quella penale, in luogo di quella contabile.

Ad ogni modo, l'agente contabile di fatto soggiace alle medesime disposizioni che vincolano l'agente contabile di diritto, quali *in primis* quelle che obbligano alla restituzione dei valori maneggiati e alla resa del conto all'ente pubblico o alla Corte dei conti, per cui incorrerà nella

⁽⁷⁷⁾ C. Conti 6 marzo 2006 n. 109, in *Riv. Corte Conti* 2006, 96.

⁽⁷⁸⁾ Cass. Sez. un. 9 ottobre 2001 n. 12367, in *Foro it.* 2002, I, 440; in *Giust. civ.* 2002, I, 3159, con nota di VISCA, *Sull'obbligo di una società per azioni di rendere il conto giudiziale alla Corte dei conti.*

responsabilità contabile se inadempiente, in tutto o in parte, all'obbligo di restituzione.

La responsabilità contabile è stata a lungo considerata una sottospecie della responsabilità civile, incentrata sull'obbligo contrattuale di custodia. La dottrina più recente, al contrario, ha evidenziato che l'obbligo di custodia non emerge in quanto tale, ma in quanto strumentale all'obbligo di restituire i beni e i valori assegnati all'agente⁽⁷⁹⁾.

Gli elementi caratterizzanti la responsabilità contabile sono gli stessi già visti relativamente alla responsabilità amministrativa, ad eccezione per l'ambito soggettivo più limitato. Essi sono, quindi, la sussistenza di un rapporto, di diritto o di fatto, tra agente che maneggia il denaro o i beni e lo Stato, il danno, la condotta dolosa o gravemente colposa e il nesso eziologico tra condotta e danno. L'unica differenza risiede nell'obbligazione fatta valere in causa: nell'alveo della responsabilità contabile assume rilievo l'inadempimento dell'obbligo di custodia e di restituzione di beni e valori pubblici, mentre in quello della responsabilità amministrativa si guarda all'obbligo del *neminem laedere* e di non arrecare un danno ingiusto all'amministrazione⁽⁸⁰⁾.

Invero, un altro profilo di differenziazione si potrebbe rinvenire nell'elemento psicologico dell'agente. In particolare, riguardo alla responsabilità contabile opererebbe una sorta di presunzione di colpa, per cui ci sarebbe l'inversione dell'onere probatorio in ordine all'elemento soggettivo. In altre parole, l'agente contabile sarebbe esonerato da responsabilità solo se fornisse la prova che il

⁽⁷⁹⁾ Così RODRIQUEZ, *Un chiarimento sugli elementi costitutivi della responsabilità contabile*, cit., 2585.

⁽⁸⁰⁾ C. Conti 23 novembre 2004 n. 379, in *Riv. Corte conti* 2004, 6, 63.

deterioramento o la diminuzione delle cose affidategli sono imputabili a caso fortuito, forza maggiore, ovvero che il fatto non sia a lui imputabile per negligenza. Questa impostazione è smentita dalla giurisprudenza, che ha chiarito che non opera alcuna inversione dell'onere della prova, persistendo in capo al Procuratore della Corte dei conti l'onere di provare l'esistenza del rapporto di servizio, della condotta, dell'evento e del nesso causale, vale a dire tutti i fatti costitutivi della pretesa dedotta ne giudizio contabile⁽⁸¹⁾.

La differenza tra la responsabilità amministrativa, esaminata al paragrafo precedente, e la responsabilità contabile, è evidente nella differente formulazione data dagli articoli 81 ed 82 della legge di contabilità generale dello Stato⁽⁸²⁾, sia sotto il profilo concettuale che

⁽⁸¹⁾ Sul punto, vedasi RODRIQUEZ, *op. ult. cit.*, 2589. In giurisprudenza, cfr. C. conti, sez. I, 2 giugno 1989 n. 186, in *Riv. Corte conti* 1989, 3, 79. Secondo TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 20, l'indirizzo secondo cui la Procura presso la Corte dei conti debba provare anche il comportamento colposo dell'agente, indirizzo minoritario che si rinviene in C. conti, sez. giur. Abruzzo, 18 ottobre 1999, non è condivisibile. L'onere probatorio gravante in capo all'agente contabile è disciplinato dall'art. 194 del r.d. 23 maggio 1924 n. 827. Invero, non sono mancati tentativi ricostruttivi del regime probatorio sotto forma della «presunzione di colpa», della «*culpa in re ipsa*», della mera inversione dell'onere della prova, né tentativi di accostamento tra la responsabilità dell'agente contabile e quella ordinaria del debitore o quella del depositario. In argomento, vedasi TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 19, il quale propende per la presunzione della colpa grave.

⁽⁸²⁾ Dei quali si riporta il testo. R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, Art. 81: «I funzionari amministrativi, incaricati di assumere impegni e di disporre pagamenti, i capi delle ragionerie delle amministrazioni centrali e i funzionari a favore dei quali vengono disposte aperture di credito debbono rispondere dei danni che derivino alla amministrazione per loro colpa o negligenza o per la inosservanza degli obblighi loro demandati nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite./La responsabilità dei funzionari predetti non cessa per effetto della registrazione o dell'applicazione del visto da parte della Corte dei conti sugli atti d'impegno e sui titoli di spesa./Gli ordinatori secondari di spese pagabili in base a ruoli e ogni altro funzionario ordinatore di spese e pagamenti, sono personalmente responsabili dell'esattezza della liquidazione delle spese e dei relativi ordini di pagamento, come pure della regolarità

sotto quello processuale. Oltre alla già riportata differenza nell'onere probatorio, emerge un ulteriore rilevante differenza tra le due responsabilità oggetto del sindacato della Corte dei conti: mentre il giudizio sull'illecito amministrativo è eventuale, perseguibile su iniziativa del Procuratore che ravvisi un danno, l'illecito contabile può emergere oltre che su iniziativa del Procuratore, anche all'atto della presentazione del conto da parte dell'agente, in occasione della trasmissione alla Corte dei conti da parte dell'amministrazione di appartenenza.

Al di là dei profili di differenziazione testé riportati, i due tipi di responsabilità «soprattutto dopo le novelle normative del 1994 e del 1996, tendono a convergere verso un'unitaria categoria», quella della «responsabilità finanziaria»⁽⁸³⁾.

dei documenti e degli atti presentati dai creditori./Gli ufficiali pubblici stipendiati dallo Stato, compresi quelli dell'ordine giudiziario e specialmente quelli a cui è commesso il riscontro e la verifica delle casse e dei magazzini, debbono rispondere dei valori che fossero per loro colpa o negligenza perduti dallo Stato»; Art. 82: « L'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo./Quando l'azione od omissione è dovuta al fatto di più impiegati, ciascuno risponde per la parte che vi ha presa, tenuto conto delle attribuzioni e dei doveri del suo ufficio, tranne che dimostri di aver agito per ordine superiore che era obbligato ad eseguire».

⁽⁸³⁾ In questi termini TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 20.

CAPITOLO II: LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

SOMMARIO – 1. Nozione e tipologie – 2. Breve *excursus* storico – 3. Le società «*in house*» – 3.1. I requisiti dell'*in house providing*: partecipazione totalitaria, controllo analogo e destinazione prevalente – 3.2. Le società *in house* come società «speciali» – 4. Profili civilistici – 5. Le disposizioni speciali.

1. Nozione e tipologie – Le società a partecipazione pubblica godono oggi di una ampissima diffusione nella pratica⁽⁸⁴⁾. Attualmente le società a partecipazione pubblica sono circa 5.000, di cui circa 400 a partecipazione diretta o indiretta dello Stato. Negli anni '80, invece, tali società erano circa 1.000, per cui la crescita registrata dal fenomeno nell'ultimo ventennio è stata esponenziale e ha conosciuto «dimensioni anomale nel confronto internazionale»⁽⁸⁵⁾. Detta crescita, per contro, sembra essersi arrestata, almeno per quanto riguarda lo Stato, dopo il 2004⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ «L'economia italiana è caratterizzata da una presenza diffusa, di dimensioni particolarmente rilevanti anche nel confronto internazionale, di società partecipate da enti pubblici». Cfr. *Le società a partecipazione pubblica*, Documentazione e ricerche n. 237 del 27 maggio 2011 della Camera dei deputati.

⁽⁸⁵⁾ Rapporto Assonime *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008, 6.

⁽⁸⁶⁾ L'esame, anche qualitativo, dello sviluppo delle società a partecipazione pubblica è operato da TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, segnatamente 93 ss. e 204 ss. L'aumento numerico, paradossalmente, è stato accompagnato dalla perdita di «peso» e «rilevanza» delle partecipazioni pubbliche, dal punto di vista del numero di occupati e della partecipazione al Pil nazionale. Si rinvia, sul punto, allo studio della Camera dei deputati citato in precedenza.

Per «partecipazione pubblica» si intende «il fenomeno della titolarità da parte di soggetti pubblici di quote di partecipazione in società di capitali»⁽⁸⁷⁾. Queste operano nei settori più disparati: sono i soggetti di cui lo Stato e/o l'ente pubblico si serve come strumentale alla gestione dei servizi pubblici⁽⁸⁸⁾, ma anche soggetti cui la pubblica amministrazione delega l'esercizio di funzioni amministrative, ovvero soggetti che esercitano a tutti gli effetti attività imprenditoriale⁽⁸⁹⁾. Si tratta di un fenomeno, come già detto, in continua espansione da un punto di vista numerico, che riveste indubbiamente una grandissima importanza anche nell'ottica degli interessi curati e del numero di utenti serviti. Non ne va dimenticato nemmeno l'impatto economico: le società a partecipazione pubblica in generale hanno fatturati rilevanti ed alcune di esse sono addirittura quotate in Borsa⁽⁹⁰⁾. Ciò premesso, si osserva che le società a partecipazione pubblica rappresentano un fenomeno alquanto disomogeneo e diversificato, sia tra singole società a partecipazione pubblica che tra società a partecipazione pubblica da un lato e società «comuni» dall'altro. La natura pubblica del socio, infatti,

⁽⁸⁷⁾ PAPA MALATESTA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, 693.

⁽⁸⁸⁾ ALPA-CARULLO-CLARIZIA (a cura di), *Le Spa comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998.

⁽⁸⁹⁾ Tra le società partecipate dal Ministero dell'economia che esercitano attività amministrativa, si annoverano Anas, Cassa depositi e prestiti, Coni servizi, Consip, Consap, Enav, Istituto poligrafico dello Stato, Rai, Sviluppo Italia. Tra quelle che invece esercitano attività imprenditoriale, si ricordano Enel, Eni, Ferrovie dello Stato, Finmeccanica, Poste Italiane. Sul tema si veda GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5600 ss.

⁽⁹⁰⁾ NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove regole*, in *Riv. soc.* 2006, 1001 sottolinea che nel mercato borsistico italiano «le imprese pubbliche rappresentano una parte rilevante delle società quotate e distribuiscono ai loro azionisti circa un terzo dei dividendi assegnati dalle quaranta maggiori società quotate».

può implicare delle deviazioni dall'ordinario funzionamento degli organi sociali, visto che nelle società a partecipazione pubblica si trovano a coesistere *modus operandi* radicalmente differenti: quello tipico della società, intesa come figura naturalmente soggetta alla disciplina privatistica, e quello riconducibile all'ente socio, vincolato al perseguimento dell'interesse pubblico quanto ai modi acquisto delle partecipazioni e alla gestione dei rapporti societari⁽⁹¹⁾.

La progressiva espansione del fenomeno delle società di capitali in mano pubblica ha determinato lo sviluppo di un acceso dibattito sulla natura stessa di dette società. Inizialmente, si è ritenuto che queste

⁽⁹¹⁾ Così ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, 1993, Roma, 1. Sul punto DEMURO, *Società in mano pubblica*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, 861 sottolinea che i termini «società» e «pubbliche» sono per loro natura «antitetici». Sull'argomento delle società a partecipazione pubblica si rinvia, *ex multis*, a CAMMELLI-DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, CAMMELLI-ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, II ed., Bologna, 1999 e CIRENELI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992. Focalizzano l'attenzione sul regime giuridico di queste società peculiari CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. it.* 1996, 493, CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.* 1996, I, 1364, CONTENTI, *Le società strumentali degli enti locali*, Firenze, 1994, DE NICTOLIS-CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.* 2005, III, 38, GIURDANELLA, *Le società per azioni a partecipazione pubblica – profili sostanziali e processuali*, Matelica, 2005, GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. – Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, 2011, MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano 1987, PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994, ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società – Considerazioni critiche*, Torino, 2004.

operassero come persone giuridiche private dotate di piena autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'amministrazione che ha conferito la gestione del servizio pubblico⁽⁹²⁾. Una volta scelta la gestione dei servizi pubblici mediante società di capitali a prevalente capitale pubblico, il soggetto societario costituito, distinto dall'ente pubblico, opera in virtù della propria autonomia negoziale, senza per ciò

⁽⁹²⁾ Cfr. Cass. sez. un. 6 maggio 1995 n. 4989, in *Giust. civ.* 1995, I, 2985, con nota di MAMELI, *Brevi considerazioni per una interpretazione estensiva della dir. n. 89/440/CEE*; in *Foro amm.* 1996, 32, con nota di BOCCHI, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: affidamento diretto del servizio e procedura ad evidenza pubblica*; in *Dir. proc. amm.* 1997, 81, con nota di PERINI, *L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica. (Alcune riflessioni in margine ad una sentenza regolatrice della giurisdizione)*. Si veda anche Cass., sez. un., 6 maggio 1995 n. 4991, in *Giur. it.* 1996, 493, con nota di CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*; in *Riv. amm. R. it.* 1995, 1052, con nota di CREA, *Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali*; in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1995, 1056, con nota di GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*; in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1996, 1266 con nota di BARBIERI, *S.P.A. a prevalente capitale pubblico, appalto di lavori e diritto comunitario: una questione di giurisdizione*. La motivazione principale addotta dalla Suprema corte nella ultima delle pronunce citate risiede nell'ostilità a riconoscere, per ragioni di teoria generale, che un soggetto privato emetta atti amministrativi. Siffatto orientamento è comunque contestato da CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, 118, il quale sostiene che la considerazione di fattori di sostanza debba prevalere rispetto alla mera qualificazione formale, spingendosi finanche a ritenere la S.p.a. in tutto e per tutto una amministrazione, in caso di conferimento alla società di attività di amministrazione o addirittura di funzioni pubbliche vere e proprie. In proposito, Cons. Stato 5 marzo 2002, n. 1303, in *Giust. civ.* 2002, I, 2309, con nota di GIGANTE, *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane?*, parla di «enti a struttura societaria, ma con natura pubblicistica». La pronuncia è edita altresì in *Dir. proc. amm.* 2003, 486, con nota di PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*. La giurisprudenza amministrativa, infatti, ritiene che la veste formale di società commerciale non sia sufficiente a fare venire meno la natura pubblicistica del soggetto in mano pubblica affidatario di rilevanti interessi pubblici. In questi termini Cons. Stato 2 marzo 2001, n. 1206, in *Giust. civ.* 2002, I, 253.

esercitare funzioni pubbliche o poteri autoritativi. Successivamente, invece, è stato sostenuto che i soggetti privati in possesso dei requisiti previsti dalla normativa comunitaria per essere considerati organismi di diritto pubblico vanno considerati pubbliche amministrazioni in senso oggettivo, limitatamente al caso in cui operano in veste di amministrazione aggiudicatrice, quindi in seno a procedure di evidenza pubblica; gli atti da essi adottati sono a tutti gli effetti atti amministrativi. Al di fuori di detti ambiti, invece, la gestione di questi soggetti ritorna ad essere di tipo privatistico⁽⁹³⁾.

Fatta questa breve premessa, va detto che non esiste una categoria unitaria di società a partecipazione pubblica, anzi per evidenziare la spiccata eterogeneità che caratterizza il fenomeno, c'è chi non ha esitato a definire «le società pubbliche [...] una non-categoria»⁽⁹⁴⁾. Le società a partecipazione pubblica che oggi si riscontrano nella pratica possono essere ricondotte a diverse tipologie, a seconda del criterio utilizzato per classificarle. Badando alla titolarità della partecipazione, possiamo distinguere tra società partecipate direttamente dallo Stato, società partecipate dalle regioni e società partecipate dagli enti locali. Prendendo a riferimento l'entità della partecipazione, possiamo classificare le società in società a partecipazione totalitaria, a partecipazione maggioritaria e a partecipazione minoritaria, a partecipazione di

⁽⁹³⁾ Così Cons. Stato 28 ottobre 1998 n. 1478, in *Foro it.* 1999, III, 178, con nota di GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.leg. 80/98)*; in *Corr. giur.* 1999, 94, con nota di DE NICTOLIS, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sul riparto di giurisdizione in tema di appalti indetti da concessionari di opera pubblica*; in *Giorn. dir. amm.* 1999, 209, con nota di GUCCIONE, *Gli organismi di diritto pubblico nuovamente al vaglio del Consiglio di Stato*.

⁽⁹⁴⁾ CHITI, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, Relazione al convegno Assonime del 13 maggio 2009, 5.

controllo oppure non di controllo. Quanto all'origine del soggetto societario, abbiamo società frutto di trasformazione di enti pubblici economici o di aziende speciali, ovvero soggetti di nuova costituzione. A seconda delle funzioni assolte, infine, possiamo avere società *holding* e società operative, il più delle volte nel settore dei servizi pubblici locali. Relativamente alla costituzione, distinguiamo le società di fonte legale da quelle di fonte negoziale, oltre a quelle di diritto singolare, dotate di disciplina derogatoria, frutto di leggi speciali, rispetto al diritto comune⁽⁹⁵⁾. Caso a parte è rappresentato dalle società cosiddette «*in house*», definite dai parametri enucleati dalla giurisprudenza comunitaria, esaminata al paragrafo 3 che segue. A queste ultime vanno aggiunte le società strumentali degli enti locali, individuate per la prima volta dall'art. 13 del c.d. «decreto Bersani» d.l. 4 luglio 2006 n. 223, la cui tipizzazione è avvenuta solo al fine di limitarne l'operatività, per contenere la spesa pubblica ed evitare limitazioni alla concorrenza. Non vanno dimenticate, infine, le società esercenti attività semi-autoritative, come l'Anas nel controllo delle concessioni autostradali e l'Enav per l'assistenza al volo.

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, tuttavia, le classificazioni sopra esposte non risultano determinanti al fine di stabilire i limiti della giurisdizione contabile di responsabilità, così come a nulla rileva il carattere *in house* della società, piuttosto che la sua configurabilità come organismo di diritto pubblico ai sensi del codice degli appalti. Anzi, secondo alcuni Autori il dibattito intorno alla questione è sintomo della trasformazione della società pubblica «da

⁽⁹⁵⁾ Dei casi di nascita di un rapporto societario da fonte legislativa si occupa IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992.

modello di azione con proprie regole e sostanza a mero strumento neutrale, *bon a tout faire*»⁽⁹⁶⁾).

2. Breve excursus storico – Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica nasce in Germania nella seconda metà dell'ottocento, concepito come una forma surrettizia di collettivizzazione di alcuni servizi pubblici essenziali, come l'acqua e l'energia elettrica, realizzata per mezzo dell'intervento dei comuni o dei *Lander* nel capitale di società originariamente ad azionariato esclusivamente privato. Successivamente, tale modalità impiegata dallo Stato per intervenire nell'economia si sviluppa in Austria e Belgio e Francia. Nei paesi di *common law*, invece, il fenomeno non si è radicato, eccezion fatta per la Gran Bretagna nel secondo dopoguerra. In Italia, al contrario, le società a partecipazione pubblica hanno raggiunto una diffusione senza eguali nel panorama europeo.

Alla base dell'acquisto di partecipazioni azionarie in società commerciali, ad opera di Stato ed enti pubblici, vi fu inizialmente la necessità di affrontare la crisi di conversione post bellica⁽⁹⁷⁾, verificatasi tra il 1920 ed il 1929, che affliggeva le principali imprese industriali nazionali e le banche che detenevano partecipazioni di controllo delle industrie stesse. In un secondo momento, segnatamente a partire dal 1929, la necessità fu quella di fronteggiare la grande crisi mondiale che investì in maniera rilevante anche l'industria italiana e le maggiori

⁽⁹⁶⁾ TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, 7, 791.

⁽⁹⁷⁾ Invero, il primo intervento dello Stato italiano nel mondo imprenditoriale si ha con la costituzione del Consorzio per sovvenzioni su valori industriali, avvenuto nel 1914 con finalità di assistenza al settore industriale privato. Per una trattazione più ampia si rinvia a PAPA MALATESTA, *loc. cit.*

banche del Paese. In quegli anni, vennero costituite numerose società di diritto speciale, come l'Agip, sulla cui natura pubblica o privata si svilupparono contrasti giurisprudenziali tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato⁽⁹⁸⁾.

A seguito di detta operazione di salvataggio, l'Iri, di cui si parlerà meglio *infra*, si trovò ad essere l'azionista di controllo di numerose imprese industriali e creditizie. Il primo atto di acquisizione di partecipazione di controllo da parte dello Stato italiano in una società privata, si ha nel 1926. In quell'anno, appunto, la Sezione autonoma del Consorzio sovvenzioni su valori industriali fu autorizzata ad acquisire delle partecipazioni azionarie, necessarie a chiudere la liquidazione della Banca italiana di sconto. Il Consorzio esisteva già dal 1914, con lo scopo di finanziare lo sviluppo industriale richiesto dalla partecipazione al conflitto mondiale, ma il fenomeno della partecipazione pubblica ebbe inizio solo nel 1922, quando la gestione liquidatoria della fallita Banca italiana di sconto, non riuscendo nell'alienazione delle partecipazioni di controllo in portafoglio, fu sovvenzionata dalla citata Sezione autonoma all'uopo costituita. A partire dal 1926, le partecipazioni vennero trasferite a detta Sezione, la quale ha rappresentato il primo esempio di ente di gestione nell'esperienza italiana. La Sezione autonoma nel 1926 venne sostituita dall'Istituto liquidazioni, che continuò a gestire le società delle quali aveva acquisito il controllo secondo le regole previste per le imprese private, nella forma delle società per azioni di diritto comune, accollandosi le eventuali perdite d'esercizio. In questa fase, la volontà politica era quella di mantenere in portafoglio le partecipazioni,

⁽⁹⁸⁾ Sul punto si rinvia a CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 4.

ottenute dalle operazioni di sostegno al sistema bancario, solo per un breve periodo, di modo da cederle nuovamente al capitale privato⁽⁹⁹⁾. Nel 1931 il raggio d'azione dell'Istituto liquidazioni si ampliò di gran lunga con le operazioni di sostegno alla Banca commerciale italiana ed al Credito italiano, che a loro volta stavano sostenendo grandi imprese industriali coinvolte dalla grande crisi del 1929. A quel punto, non era più sufficiente l'attività dell'Istituto liquidazioni di sconto di cambiali a condizioni agevolate, per cui si addivenne alla costituzione dell'Iri.

L'Iri, Istituto per la ricostruzione industriale, è stato un ente di diritto pubblico organizzato in due sezioni, una per i finanziamenti industriali e l'altra per gli smobilizzi industriali. La prima era destinata alla concessione di mutui a lungo termine alle imprese industriali italiane, mentre la seconda avrebbe dovuto amministrare e poi alienare a privati le partecipazioni azionarie possedute, accumulate a seguito di svariate operazioni di salvataggio avvenute negli anni '20, e confluite nell'ente transitorio dell'Istituto di liquidazioni, le cui attività sono state in seguito devolute all'Iri.

Nonostante le finalità dell'Iri fossero «essenzialmente liquidatorie»⁽¹⁰⁰⁾, l'ente non riuscì nell'intento di dismettere progressivamente le partecipazioni acquisite, per cui organizzò la gestione delle industrie dividendo le stesse in gruppi omogenei e ponendone a capo, con mansioni direttive e di controllo finanziario, le *holding* di settore, come la Stet, la Finmare e la Finsider. Prendendo atto dello stato di fatto venutosi a determinare, il legislatore mutò le finalità dell'ente da strumento di liquidazione e smobilizzo a mezzo per la

⁽⁹⁹⁾ Cfr. SARACENO, *Partecipazioni statali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, 47 e ss.

⁽¹⁰⁰⁾ ROSSI, *op. cit.*, 2. Si veda anche PAPA MALATESTA, *op. cit.*, 695.

gestione efficiente, secondo criteri unitari, delle partecipazioni pubbliche, in ossequio alle direttive di politica economica del governo fascista⁽¹⁰¹⁾.

Oltre alle partecipazioni industriali detenute dall'Iri, tra il 1925 ed il 1940 si registrò la proliferazione di nuovi enti pubblici con compiti esclusivamente imprenditoriali e di regolamentazione dell'economia, incentivata dal clima politico del tempo, decisamente favorevole agli interventi statali dirigisti. Questi ultimi, a loro volta, sfociarono con frequenza nell'acquisizione di partecipazioni in società commerciali, determinando la maggiore complessità e disomogeneità del quadro generale del sistema delle partecipazioni statali.

L'entrata dell'Italia nella seconda guerra mondiale portò alla conversione a fini bellici della maggior parte delle industrie, con conseguente assunzione di numeroso personale dipendente. Ciò comportò, al termine del conflitto, il problema della riconversione della produzione e della collocazione della manodopera eccedente le nuove necessità industriali. Al fine di sostenere questa transizione, l'Iri riprese l'opera di riordino delle partecipazioni costituendo nuove *holding* di settore, come Finmeccanica, mentre lo Stato costituì il Fondo per il finanziamento dell'industria meccanica⁽¹⁰²⁾, che avrebbe dovuto sovvenzionare le industrie meccaniche, le più toccate dalla riconversione, mediante l'acquisizione di azioni o la sottoscrizione di aumenti di capitale.

Parallelo al problema della riconversione, si presentò anche la questione delle fonti energetiche, che portò alla fondazione dell'Eni, con finalità di promozione ed attuazione delle iniziative necessarie nel campo

⁽¹⁰¹⁾ Modifica intervenuta con Regio d.l. 24 giugno 1937, n. 905.

⁽¹⁰²⁾ D.C.p.S. 8 settembre 1947, n. 889.

della ricerca e della coltivazione di idrocarburi, della costruzione e dell'esercizio delle condotte per il trasporto, della lavorazione, trasformazione e commercializzazione degli stessi. L'Eni organizzò la propria attività seguendo il modello attuato dall'Iri, vale a dire ripartendo le proprie attività in settori omogenei e preponendo a ciascuno di essi una *holding* di settore.

A livello embrionale, dunque, l'azionariato di Stato comincia a svilupparsi, seppure in modo alquanto frammentario e disorganico, dagli anni '20 agli anni '50⁽¹⁰³⁾. Agli inizi degli anni '50, appunto, si intensifica il dibattito sulle partecipazioni pubbliche, emergendo l'esigenza del riordino del settore, finalizzato a ricondurre il sistema delle partecipazioni sotto il controllo del Governo, talché esso ne potesse rispondere al Parlamento. Il primo provvedimento di razionalizzazione è rappresentato dalla l. 22 dicembre 1956 n. 1589, che ha istituito il Ministero delle Partecipazioni statali. Solo nel 1967, con il d.P.R. 14 giugno n. 554, il sistema delle partecipazioni statali è stato collocato all'interno dell'ambito della programmazione economica nazionale. Il sistema viene quindi a configurarsi come una piramide, il cui vertice è dato dal Parlamento, in posizione intermedia sono collocate le *holding* pubbliche ed alla base ci sono le società partecipate operative. In effetti, l'intervento statale nelle società commerciali è sempre avvenuto per il

⁽¹⁰³⁾ Invero, già la legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865, allegato A, art. 137, contemplava la possibilità per gli enti territoriali di acquistare azioni industriali, sulla base di scelte squisitamente politiche. Tale disposizione non ha trovato ampia applicazione, in quanto interventi successivi, quali la L. 29 maggio 1903, n. 103 e il T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578, hanno vincolato la gestione dei servizi pubblici all'adozione di strumenti pubblicistici. Proprio fondandosi su siffatte disposizioni, la giurisprudenza amministrativa meno recente ha confermato la necessità della gestione di servizi pubblici mediante strumenti pubblicistici in luogo di soggetti privati come le società partecipate pubbliche. Così Cons. Stato, sez. I, 6 marzo 1956, n. 373, in *Riv. amm.* 1957, II, 284.

tramite di una di esse, l'Iri, eccezion fatta per l'acquisizione diretta fatta dallo Stato della società *Südbahn*, che gestiva la rete ferroviaria collegante Trieste, Vienna e Budapest, e la costituzione, insieme ad altri enti pubblici, dell'Agip.

Le principali *holding* sono state l'Iri, Istituto di ricostruzione industriale, e l'Eni, Ente nazionale idrocarburi. Esse hanno ricevuto, all'atto della costituzione, un fondo di dotazione da parte dello Stato. Tale fondo andava rimborsato gradualmente mediante la distribuzione al Tesoro del 65% degli utili annuali⁽¹⁰⁴⁾. Le società operative, invece, erano quelle che materialmente svolgevano l'attività economica volta alla produzione o allo scambio di beni e servizi, differenziandosi dalle società private per il solo carattere pubblico dell'azionista, ma senza che ciò implicasse alcuna deroga al regime giuridico applicabile.

Un ulteriore, significativo, parallelismo tra società private e pubbliche si registrava da un punto di vista squisitamente economico e riguardava il concetto di economicità della gestione, codificato nella legge istitutiva del Ministero delle Partecipazioni statali. Il criterio di economicità presuppone l'autosufficienza della gestione, vale a dire che la gestione deve tendere ad autoalimentarsi per mezzo dei propri ricavi, senza valersi di erogazioni a fondo perduto da parte dello Stato. L'adozione del principio di economicità tanto nell'ambito dell'impresa privata che in quello dell'impresa pubblica, implica la remunerazione di tutti i fattori produttivi, compreso il capitale, per mezzo della gestione. Affinché un'impresa, pubblica o privata, si possa definire economica è necessario l'utile di bilancio, non essendo sufficiente il mero pareggio. D'altra parte, come visto in precedenza, le leggi istitutive delle società di

⁽¹⁰⁴⁾ Per l'Iri era così previsto dall'art. 17 d.lgs. 12 febbraio 1948 n. 51, per l'Eni dall'art. 22 l. 10 febbraio 1953 n. 136.

gestione pubbliche prevedevano a chiare lettere la gestione in utile, da distribuire poi al Tesoro dello Stato.

Trattato brevemente dell'evoluzione storica del fenomeno, non passa inosservato il fatto che lo Stato ha optato per la gestione imprenditoriale utilizzando il mezzo societario in luogo della gestione diretta ad opera dell'ente pubblico e, in secondo luogo, generalmente non ha acquisito direttamente le partecipazioni industriali, ma lo ha fatto per il tramite di enti.

Per quanto attiene al primo profilo, le motivazioni sono storiche e aziendali: storiche perché non va dimenticato il contesto ove attecchisce il fenomeno dell'azionariato di Stato, vale a dire il quadro generale di crisi del dopoguerra, che rendeva necessario rifinanziare con capitale di rischio le imprese private da parte dello Stato, nella fattispecie mediante acquisizioni azionarie, visto che la crisi attanagliava anche l'intero sistema bancario nazionale; aziendali perché la società è stata sempre considerata, a ragione, un modello gestionale più snello ed operativo rispetto al modello eccessivamente burocratico dell'ente⁽¹⁰⁵⁾.

Anche per quanto concerne il secondo profilo, la scelta dell'ente pubblico come tramite tra Stato e impresa è collegata alla necessità di snellezza delle forme e prontezza di decisione nel mondo economico, che non può essere vincolato alla rigidità delle forme imposte dalle regole della finanza pubblica e dalle lungaggini caratteristiche dei sistemi burocratici.

Naturalmente, la natura pubblica del socio si riverbera sul contratto sociale, come osservato, seppure da diverse angolazioni, dalla

⁽¹⁰⁵⁾ Un tanto si evince anche dalla relazione del guardasigilli al Re sul codice civile, n. 998.

dottrina⁽¹⁰⁶⁾). Il problema è il seguente: premesso che l'ente pubblico deve perseguire per definizione l'interesse pubblico, come si concilia tale scopo con quello tipico della società, che invece è assegnataria del fine strettamente egoistico del massimo profitto? Secondo la dottrina civilistica, corroborata dalla relazione al codice civile, il socio pubblico, alla stessa stregua di quello privato, è tenuto a perseguire il fine di lucro, naturale per le società commerciali. In altre parole, l'interesse pubblico sarebbe estraneo al contratto sociale e conseguentemente ad esso subordinato, degradando a mero ed irrilevante motivo della partecipazione. Al contrario, la dottrina pubblicistica ha dato prevalenza all'interesse pubblico, ammettendone l'influenza nella società a partecipazione pubblica, ovvero riducendo la società a mero schema organizzatorio, con conseguente neutralizzazione dello scopo lucrativo. L'impostazione più aggiornata, infine, risente delle regole sulla concorrenza imposte dall'ordinamento comunitario, per cui la partecipazione pubblica al capitale di un'impresa deve necessariamente seguire gli stessi criteri di un investitore privato in un'economia di mercato, pena la qualificazione dell'intervento come aiuto di Stato. L'implicazione è evidente: lo Stato, acquisendo partecipazioni di società, deve comportarsi analogamente ad un soggetto privato per non incorrere

⁽¹⁰⁶⁾ Le posizioni della dottrina sono sintetizzate da ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, cit., 5. Sull'acceso dibattito dottrinale, si rinvia *amplius* a GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5602. Sulle concezioni di «interesse pubblico» emergente in sede di privatizzazione, si veda GIACCHETTI, *Privatizzazioni: la nuova frontiera dell'interesse pubblico*, in AA. VV., *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Atti del XLV convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2000, 215. Sulla non incompatibilità tra interesse pubblico ed interesse privato, vedasi IRTI, *Intervento al seminario tenuto in Roma il 27 maggio 1994*, in AA. VV., *Le privatizzazioni: forma di società per azioni e titolarità pubblica del capitale*, Milano, 1994.

in infrazioni alla normativa europea. Ecco che, quindi, l'interesse pubblico degrada ad interesse del singolo socio; può essere fatto valere, perciò, nelle forme consentite a qualsiasi altro azionista e senza che esso prevalga rispetto all'interesse sociale⁽¹⁰⁷⁾. Le finalità pubbliche, peraltro, possono essere imposte con strumenti diversi rispetto alla partecipazione azionaria: un esempio è dato dagli atti normativi od amministrativi istitutivi di obblighi di servizio pubblico, mediante i quali la P.A. opera come da *policy maker*, invece che da azionista⁽¹⁰⁸⁾.

Il sistema delle partecipazioni statali, come sopra delineato, ha espresso delle criticità sfociate, infine, nelle privatizzazioni degli anni '90. Tali criticità, sostanzialmente, sono così sintetizzabili. La progressiva ed inesorabile espansione dei settori economici d'intervento avevano di fatto reso impossibile il controllo ed il coordinamento dell'azione. L'approccio imprenditoriale era stato via via soppiantato da quello del sostegno a settori in crisi, perseguendo fini sociali e politici, in luogo di quelli economici. La dipendenza di larga parte dell'economia dal finanziamento politico aveva comportato l'asservimento della prima al secondo. L'influenza diretta dello Stato nell'economia aveva portato all'affermazione di modelli gestionali fortemente burocratizzati, erodendo l'area di iniziativa economica privata. La mancata soggezione

⁽¹⁰⁷⁾ Sulla cura degli interessi pubblici attraverso adeguati modelli di *governance* e di responsabilità delle società a partecipazione pubblica, si vedano i rapporti OECD, *Working group on privatisation and corporate governance of state owned assets, an implementation guide to ensure transparency and accountability, in state ownership*, in www.oecd.org e CER, *Ruolo e governance delle imprese controllate dallo Stato: analisi e proposte per il futuro*, Roma, 2008.

⁽¹⁰⁸⁾ Sulla possibilità che il fallimento del mercato derivante dall'esistenza di condizioni di monopolio possa essere corretto non soltanto con la proprietà pubblica dell'impresa riservataria, ma anche tramite un sistema di regolazione all'uopo istituito, e sui dilemmi concernenti la scelta di dismettere la proprietà pubblica delle società si veda NAPOLITANO, *op. cit.*, 1003 ss.

dell'impresa pubblica al vincolo di bilancio falsava il mercato sotto il profilo della concorrenza⁽¹⁰⁹⁾. Da ultimo, il sistema delle partecipazioni statali avrebbe alterato anche il mercato delle imprese, determinando «riallocazioni inefficienti»⁽¹¹⁰⁾.

In seguito alla grave crisi economica attraversata dall'Italia negli anni '90, nel 1992 si è provveduto ad iniziare un procedimento di dismissione delle partecipazioni statali, detto anche «privatizzazione»⁽¹¹¹⁾. È stata abrogata la legge relativa al Ministero delle Partecipazioni statali⁽¹¹²⁾, gli enti sono stati trasformati in società per azioni e le azioni emesse a seguito della trasformazione sono state attribuite integralmente al Ministero del Tesoro⁽¹¹³⁾. Pur essendo venuto meno il fondamento legislativo al criterio di economicità, il medesimo è diventato implicito in quanto insito nella nozione stessa di società commerciale, che come tale è tenuta ad operare secondo criteri imprenditoriali. Oltre che per questa motivazione pratica, corrispondente alla necessità dello Stato di dismettere parte del proprio patrimonio per far fronte a necessità finanziarie, le privatizzazioni sono state ritenute necessarie per ricercare maggiore efficienza, ritenendo l'imprenditore privato dotato di capacità manageriali maggiori rispetto al pubblico, e

⁽¹⁰⁹⁾ Così PAPA MALATESTA, *op. cit.*, 697, che sottolinea come anche la politica comunitaria di contrasto agli aiuti di stato abbia concorso a determinare la fine del tradizionale sistema di gestione delle partecipazioni statali.

⁽¹¹⁰⁾ In questi termini BARCA, *Imprese in cerca di padrone*, Bari, 1994, 183.

⁽¹¹¹⁾ Il principale processo di privatizzazione italiano è stato avviato con la l. 29 gennaio 1992 n. 35, di conversione del d.l. 3 ottobre 1991 n. 309, decaduto e poi reiterato con d.l. 5 dicembre 1991 n. 386. Sul tema, si vedano, *ex multis*, CECERE, *L'itinerario delle privatizzazioni*, Padova, 1995, MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia: saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995

⁽¹¹²⁾ Conseguenza del referendum abrogativo tenutosi il 18 aprile 1993.

⁽¹¹³⁾ *Ex art.* 15 l. 8 agosto 1992 n. 359. A loro volta, le dismissioni delle partecipazioni del Ministero del tesoro sono disciplinate dal d.l. 31 maggio 1994 n. 332, convertito in l. 30 luglio 1994 n. 474.

perseguendo un maggiore equilibrio sul mercato, fino ad allora dominato dalle aziende di Stato e per ciò stesso scarsamente concorrenziale⁽¹¹⁴⁾. Ricapitolando, per mezzo delle privatizzazioni lo Stato ha inteso perseguire tre differenti finalità: l'ammodernamento del tessuto economico produttivo nazionale, in chiave concorrenziale e di integrazione comunitaria e globale, la riorganizzazione dei moduli dell'azione amministrativa per una maggiore efficienza ed efficacia, e la razionalizzazione della spesa pubblica.

Secondo alcuni Autori, il termine «privatizzazione» ha due diverse accezioni⁽¹¹⁵⁾. Un primo significato, formale, è ricollegato alla adozione della forma giuridica della società per azioni, mentre il secondo senso, sostanziale, corrisponde alla cessione a soggetti privati di pacchetti azionari di società pubbliche. Altri Autori attribuiscono altri significati al termine «privatizzazione», non completamente sovrapponibili ai precedenti⁽¹¹⁶⁾. Essa consisterebbe in un mero cambiamento formale della struttura organizzativa di un ente, che passa da un modello pubblicistico, che può essere l'ente di gestione, l'azienda autonoma o l'ente pubblico economico, ad uno privatistico, vale a dire la società per azioni; ovvero sarebbe riconducibile ad un ingresso nel capitale sociale di soggetti privati, anche con quote minoritarie, la cui presenza nella

⁽¹¹⁴⁾ Proprio quest'ultima è la tematica di maggiore interesse alla luce del diritto comunitario. Cfr. GIACCARDI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche: rilevanza della forma pubblica o privata anche alla luce del diritto comunitario*, in ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario – atti del convegno*, Milano, 1996, 35. Sui molteplici effetti positivi che avrebbero le privatizzazioni sull'economia, si rinvia a BARCA, *op. cit.*, 220 ss.

⁽¹¹⁵⁾ JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.* 1992, I, 990. Vedasi anche GIACCARDI, *op. cit.*, 27.

⁽¹¹⁶⁾ SCHLESINGER, *La legge sulle privatizzazioni degli enti pubblici economici*, in MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995, 14.

compagine sociale imponga comunque all'azionista pubblico maggioritario di perseguire maggiormente il fine di lucro, mediante una maggiore cura degli aspetti imprenditoriali e reddituali della società; infine, si potrebbe considerare come il processo di alienazione, da parte dell'azionista pubblico, della totalità del pacchetto azionario, ovvero della sola partecipazione di controllo, a soggetti privati, ciò comportando il ritiro dello Stato dal mercato e la modifica sostanziale dell'essenza dell'impresa. Essa abbandona così la cura di interessi di natura pubblicistica per focalizzarsi su obiettivi squisitamente privatistici.

Qualunque sia l'interpretazione preferibile, è naturale che la privatizzazione formale rappresenti un passaggio obbligato, strumentale alla privatizzazione sostanziale, che dovrebbe costituire in ogni caso il fine ultimo dell'intero *iter*⁽¹¹⁷⁾. Prima di tutto vi è la trasformazione dell'ente pubblico in società, rendendo di fatto negoziabili le quote in possesso dello Stato, e in un secondo momento dette quote possono essere alienate, generalmente mediante collocamento dei titoli sui mercati regolamentati. Sotto questo secondo aspetto, l'esperienza ha evidenziato il ricorso a strumenti di tutela del socio pubblico, come la *golden share* e l'*action spécifique*. Esse sono forme di tutela del socio pubblico, anche nel caso in cui si trovi ad essere azionista di minoranza. Tali tutele provengono rispettivamente dal diritto anglosassone e da quello francese. La *golden share* è l'istituto giuridico che consente allo Stato, durante un processo di privatizzazione, di riservarsi determinati poteri speciali che prescindono dalla quota azionaria detenuta nella

⁽¹¹⁷⁾ Così DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. commerciale*, vol. XIV, 1997, Torino, 172, il quale critica inoltre «la scelta del legislatore di considerare la privatizzazione formale non solo un mezzo, ma anche un fine».

società privatizzata, come ad esempio la nomina di amministratori dotati di poteri maggiori rispetto a quelli di nomina privata. L'*action spécifique*, invece, è un titolo azionario, introdotto nel 1986 in occasione dei processi di privatizzazione delle imprese pubbliche, di durata massima quinquennale, decorso il termine si trasforma automaticamente in azione ordinaria. Detto tipo di azioni attribuisce allo Stato il diritto di gradimento, ovverosia il diritto di opporsi all'assunzione di partecipazioni superiori al 10% del capitale della società emittente, da parte di uno o più soggetti che agiscono congiuntamente. I soggetti non graditi non possono esercitare il diritto di voto e hanno l'obbligo di vendere le azioni entro tre mesi, a pena di esecuzione forzata. L'*action spécifique*, rispetto alla *golden share*, ha una portata più limitata, consentendo solamente il controllo della fase iniziale del processo di privatizzazione⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁸⁾ In tema di *golden share*, si vedano, *ex pluribus* JAEGER, *Privatizzazioni; «public companies»; problemi societari*, in *Giur. comm.* 1995, 5; AMICONI, *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci ed ombre*, in *Giust. civ.* 1999, I, 463; LAZZARA, *Libera circolazione dei capitali e «golden share»*, in *Foro amm. CdS* 2002, 1607; FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.* 2007, 2, 145. Va detto, peraltro, che i principi comunitari hanno portato all'eliminazione di certi elementi di specialità di alcune società pubbliche sorte in Italia dalla privatizzazione. La c.d. *golden share* all'italiana, disciplinata dal d.l. 31 maggio 1994 n. 332, convertito in l. 30 luglio 1994 n. 474, prevedeva alcuni diritti speciali, tra cui il potere del Ministro dell'economia e delle finanze di opporsi all'acquisizione di partecipazioni oltre il 5% nelle società controllate dallo Stato operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti energetiche e degli altri servizi pubblici. Più in generale, lo Stato avrebbe potuto opporsi all'assunzioni di partecipazioni rilevanti e alla conclusione di patti parasociali, esercitare il veto su alcune delibere assembleari di straordinaria amministrazione e nominare direttamente uno o più membri degli organi sociali, il tutto in funzione degli obiettivi nazionali di politica economica ed industriale. Tale potere discrezionale è stato definito «spropositato» dalla giurisprudenza comunitaria, che ne ha sancito l'illegittimità. Cfr. C. giust. CE 23 maggio 2000, C-58/99, in *Giur. it.* 2000, 1657,

con nota di VENTURA. Sono conseguite due modifiche, intervenute con l. 30 dicembre 2003, n. 350 e con l. 23 dicembre 2005, n. 266, intervenute sul potere di nomina diretta e sui poteri degli amministratori. Tuttavia, la Corte di giustizia ha ribadito anche recentemente che i presupposti della *golden share* all'italiana fossero troppo generici ed imprecisi, perciò lesivi della libertà di circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento. Cfr. C. giust. CE, sez. III, 26 marzo 2009, C-326/07, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2009, 1199. La pronuncia è commentata *ivi*, 1649, da DE ROSA, *La Corte di giustizia condanna i criteri di esercizio della golden share*. Si vedano anche DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.* 2009, II, 640, COLANGELO, «*Golden share*», *diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, in *Foro it.* 2009, IV, 224 e CASTELLANETA, *Genericità e imprecisione sui poteri dello Stato ostacolano l'arrivo degli investitori stranieri*, in *Guida dir.* 2009, 15, 111. Nel novembre 2009 è stata pertanto avviata nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione n. 2009/2255, cui è conseguito nel 2011 il deferimento alla Corte di giustizia, che ha portato alla riformulazione della *golden share* all'italiana mediante d.l. 15 marzo 2012 n. 21, convertito in l. 11 maggio 2012 n. 56. Attualmente, l'esercizio dei poteri speciali del Governo si estende a tutte le società, pubbliche o private, che svolgono attività ritenute di rilevanza strategica nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, in relazione ad acquisizioni di partecipazioni da parte di soggetti extracomunitari. Rispetto alla disciplina precedente, la *golden share* non è più legata alla partecipazione pubblica nel capitale, partecipazione attuale ovvero partecipazione dismessa, ma al settore. Astrattamente, lo Stato potrebbe intervenire anche su società da sempre private, che non sono in mano pubblica né lo sono mai state, purché esse operino nei settori sopra riportati. In merito, va detto infine che il diritto comunitario non contempla alcun atteggiamento di sfavore nei confronti delle società pubbliche, limitandosi ad assumere un atteggiamento di assoluta neutralità tra proprietà privata e pubblica delle imprese. È rilevante, piuttosto, che le società pubbliche non beneficino di regimi privilegiati, dipendenti dalla proprietà pubblica del capitale. Al contrario, il legislatore nazionale ha manifestato una certa sfiducia verso le società pubbliche. In nome della tutela della concorrenza e del contenimento della spesa pubblica, infatti, ha varato norme ben più restrittive rispetto a quanto richiesto in sede comunitaria, limitando in modo assai severo la costituzione e l'operatività delle società pubbliche. Sulle problematiche causate dall'intersezione tra diritto nazionale e comunitario in tema di organizzazione e funzionamento delle imprese, pubbliche o private, si rinvia a GIACCARDI, *op. cit.*, 34 ss. La giurisprudenza comunitaria si è espressa anche sugli articoli del codice civile che attribuivano poteri di influenza del socio pubblico, svincolati o sproporzionati rispetto alla partecipazione azionaria. Cfr. C. giust. CE 6 dicembre 2007, C-464/04, in *Giur. comm.* 2008, II, 576 (s.m.), con nota di DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*,

Ad ogni modo, il processo di privatizzazione ha caratterizzato in diversa misura tutti i paesi europei, che hanno di fatto sperimentato la «crisi del modello della proprietà pubblica dell'impresa azionaria»⁽¹¹⁹⁾. I vari procedimenti di privatizzazione condotti a livello europeo da parte dei singoli Stati, a prescindere dal *background* giuridico ed economico di ciascun ordinamento, presentano indubbiamente delle significative similitudini. In primo luogo, si è preso atto che l'intervento statale nell'economia con i metodi tradizionali non era più idoneo al perseguimento degli obiettivi economici e sociali che lo Stato stesso si prefiggeva, quali a titolo esemplificativo il sostegno dell'occupazione, la stabilizzazione del ciclo economico, la redistribuzione del reddito. In secondo luogo, si è riscontrata l'inefficacia dell'intervento pubblico per mezzo di società partecipate a superare le inefficienze del mercato, essendo preferibile nella medesima ottica un'azione statale di esclusiva regolamentazione e controllo delle imprese private. Ultima, ma non per importanza, è emersa la forte necessità di risanamento finanziario degli Stati, oberati da debiti pubblici rilevanti.

Andando ad esaminare in particolare l'esperienza italiana, la politica delle privatizzazioni debutta con la riforma delle banche pubbliche, trasformate da enti pubblici creditizi a società per azioni, di modo da consentire il processo di integrazione dei mercati finanziari e

con la quale sono stati censurati gli artt. 2449 e 2450 cod. civ., in quanto dette disposizioni conferivano agli enti pubblici la facoltà di esercitare un controllo sulla gestione delle società partecipate sproporzionato rispetto alla partecipazione posseduta. Ad ogni modo, va rammentato che l'Italia non è l'unico ordinamento presentante sul punto problemi di compatibilità col diritto comunitario, poiché è abbastanza comune tra gli Stati membri l'adozione di normative protettive, relativamente al controllo di società a rilevanza strategica, come avvenuto in Francia, in Regno Unito, in Spagna, in Belgio e nei Paesi Bassi. Cfr. DEMURO, *Società in mano pubblica*, cit., 866 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. DI CHIO, *op. cit.*, 171.

creditizi europei e di permettere l'introduzione dell'istituto del gruppo creditizio, organizzato secondo criteri funzionali, in antitesi al modello della banca universale⁽¹²⁰⁾.

La normativa che ha fatto intraprendere all'Italia la via delle privatizzazioni contempla la forma della società per azioni come forma universale, disponendo contestualmente la trasformazione degli enti pubblici, appunto, in società per azioni; le modalità sono state nella pratica diverse, a seconda che il fondo di dotazione dell'ente creditizio fosse stato o meno di natura associativa. Nel primo caso è avvenuta semplicemente la trasformazione in S.p.a., mentre nel secondo gli enti creditizi hanno costituito per atto unilaterale una società per azioni, in cui hanno conferito l'azienda bancaria scorporata dall'ente.

Il successivo tentativo di generalizzare il meccanismo delle privatizzazioni⁽¹²¹⁾ prevedeva la trasformazione facoltativa degli enti pubblici economici e delle aziende autonome di stato in società per azioni, al fine di consentire il collocamento delle azioni di proprietà dello Stato presso la platea dei risparmiatori. Tuttavia, siffatto tentativo non produsse gli effetti sperati, in quanto il sistema di dismissioni delineato non permetteva all'azionista privato di acquisire il controllo della società; inoltre, mancavano effettivi strumenti di tutela delle minoranze, per cui il provvedimento normativo iniziale fu sostituito con un altro, teso alla alienazione dei beni patrimoniali dello Stato⁽¹²²⁾. La nuova normativa prevedeva la cosiddetta «autotrasformazione»⁽¹²³⁾, *scilicet* la trasformazione dell'ente non deliberata dai soci, analogamente a quanto

⁽¹²⁰⁾ L. 30 luglio 1990, n. 218 e d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356.

⁽¹²¹⁾ Intervenuto con d.l. 3 ottobre 1991, n. 309.

⁽¹²²⁾ Si fa riferimento al d.l. 5 dicembre 1991, n. 386 convertito senza modifiche nella legge 29 gennaio 1992, n. 35.

⁽¹²³⁾ Cfr. DI CHIO, *op. cit.*, 174.

avviene nel modello civilistico, bensì dall'ente medesimo, da cui derivava poi la trasformazione del fondo di dotazione in capitale sociale e l'assunzione della qualità di azionista da parte dello Stato.

La terza fase delle privatizzazioni in Italia⁽¹²⁴⁾, ha visto la trasformazione *ex lege* di IRI, ENI, INA ed ENEL in società per azioni ed è stato conferito al Cipe il potere di deliberare la trasformazione degli enti pubblici economici in S.p.a. a prescindere dal settore di attività. Parallelamente, è stato attribuito al Ministro del Tesoro il potere di esercitare i diritti connessi allo *status* di azionista, di concerto coi Ministri del Bilancio, dell'Industria e delle Partecipazioni statali. Va detto, peraltro, che a tutto il 1992 la normativa non prevedeva alcunché in tema di dismissione delle partecipazioni possedute dal Ministero del Tesoro, a seguito del processo di privatizzazione formale.

Il vuoto normativo sopra accennato è stato colmato grazie alla Delibera 30 dicembre 1992 n. 113 del Cipe, la quale ha individuato le modalità e le procedure per la cessione delle azioni in portafoglio al Tesoro, consentendo di avviare la fase sostanziale delle privatizzazioni. La privatizzazione poteva avvenire, secondo la delibera, mediante vendita di azioni, cessione di azienda o di ramo d'azienda, fusione, permuta, aumenti di capitale riservati al pubblico o a soci di particolare rilievo. A sua volta, la vendita di azioni poteva avvenire per mezzo di offerta pubblica di vendita, di asta pubblica ovvero, in via del tutto eccezionale, di trattativa privata, consentita solo nei casi in cui necessitasse la tutela di interessi pubblici di particolare rilevanza.

⁽¹²⁴⁾ Fase aperta mediante il d.l. 11 luglio 1992, n. 333 convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n. 359.

Gli ulteriori sviluppi legislativi⁽¹²⁵⁾ hanno visto l'introduzione di misure poste a tutela dell'azionista pubblico. Segnatamente, è stato stabilito che, in caso di società operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti energetiche e degli altri servizi pubblici, il trasferimento al mercato del controllo azionario sarebbe stato comunque temperato da apposite clausole statutarie riservanti al socio pubblico il gradimento all'assunzione, da parte di terzi, di partecipazioni rilevanti e alla costituzione di patti di sindacato, nonché il diritto di veto all'assunzione di delibere concernenti operazioni straordinarie, come fusioni, scissioni o scioglimento della società. Siffatta riserva di poteri per il socio pubblico non è passata indenne da critiche, sia sul piano formale che su quello sostanziale. Nell'ottica formale, le clausole speciali determinano, di fatto, delle clausole di riserva di mero gradimento, altrimenti non consentite. Nell'ottica sostanziale, le clausole di gradimento e quelle di limitazione dei poteri degli azionisti sviliscono l'intero processo di privatizzazione, in quanto l'esercizio dei poteri speciali comporta automaticamente un ostacolo insormontabile al passaggio al mercato dell'effettivo controllo azionario. In altre parole, il socio entrante avrebbe dovuto incontrare il gradimento statale all'acquisto della partecipazione e, quand'anche lo avesse ottenuto, per tutte le decisioni riguardanti la vita o l'organizzazione aziendale avrebbe dovuto restare vincolato alla volontà del socio pubblico⁽¹²⁶⁾.

Le difformità dal tipo legale della S.p.a., dettate dalla presenza di clausole speciali, hanno fatto addirittura sorgere l'interrogativo se la

⁽¹²⁵⁾ I maggiormente significativi sono da ascrivere al d.l. 31 maggio 1994, n. 332 convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 1994, n. 474.

⁽¹²⁶⁾ La riflessione è di DI CHIO, *op. cit.*, 178 e 179.

società in mano pubblica fosse un sotto-tipo rientrante comunque nel modello civilistico, ovvero se non si trattasse piuttosto di un nuovo tipo sociale⁽¹²⁷⁾. Le disposizioni previste in modo peculiare per le società pubbliche, lungi dal formare un *corpus* normativo coerente, coordinato e stabile, rappresentano un coacervo di norme disorganiche, dettate da esigenze temporanee o singolari. Per questo motivo, pare preferibile la tesi secondo cui la disciplina speciale delle società pubbliche non rivesta ancora «le caratteristiche di un sistema conchiuso e a sé stante, ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale [...]». Non a caso la disciplina generale viene riaffermata per le società quotate⁽¹²⁸⁾.

3. Le società «in house» – Le società *in house* conoscono una enorme diffusione nella prassi. Esse sono costituite dalle amministrazioni pubbliche, in particolare dai comuni e dalle regioni, prevalentemente per la gestione dei servizi pubblici locali. Per *in house providing* si intende l'autoproduzione di servizi da parte della pubblica amministrazione in deroga alla normativa comunitaria su appalti pubblici e concessioni. Si tratta perciò di una eccezione al diritto comunitario sulla concorrenza, introdotta dal Libro Bianco Appalti del 1998 e dal

⁽¹²⁷⁾ L'interrogativo, in chiave critica, è posto da DI CHIO, *op. cit.*, 182, il quale evidenzia che la presenza di istituti di difficile applicazione pratica e che minano la certezza delle scelte imprenditoriali disincentiva il privato a partecipare alla compagine sociale, a maggior ragione se si tratta di privato imprenditore. Sulle problematiche evidenziate dalla dottrina in tema di partecipazione pubblica in società di capitali, si rinvia a PAPA MALATESTA, *op. cit.*, 701 ss.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Relazione al Convegno Assonime del 13 maggio 2009, 8.

Libro Verde sul partenariato pubblico privato⁽¹²⁹⁾, ovvero di un modello organizzativo autonomo alternativo all'esternalizzazione⁽¹³⁰⁾.

Il Testo unico degli enti locali definisce i servizi pubblici locali come quell'attività di produzione di beni e prestazioni di servizi da parte degli enti locali, i quali possono altresì assumere la gestione di attività rivolte a realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali⁽¹³¹⁾. Non essendo formulato alcun elenco dei servizi classificati come «pubblici locali», come tali vanno considerati tutti quei servizi ritenuti tali dall'ente erogante in una determinata realtà geografica ed in un determinato periodo.

Attualmente i servizi pubblici si distinguono in servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica. La distinzione è essenziale, in quanto da essa discende il regime applicabile alla gestione

⁽¹²⁹⁾ Commissione CE, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni* del 30 aprile 2004. Il partenariato pubblico-privato, se opportunamente regolato, può rappresentare un ragionevole punto d'incontro tra le ragioni di una presenza diretta del pubblico nella gestione dei servizi, a garanzia delle esigenze della collettività, e le competenze tecniche e le capacità organizzative tipiche del privato. In tal senso, si rinvia alla Comunicazione interpretativa della Commissione europea sui partenariati pubblico-privati istituzionalizzati n. 6661 del 5 febbraio 2008 e alla Risoluzione del Parlamento europeo n. 2175 - INI - del 18 maggio 2010, in GUCE c 161 e/38 del 31 maggio 2011.

⁽¹³⁰⁾ Così COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 243.

⁽¹³¹⁾ Art. 112 d.lgs. 267 del 2000. In dottrina, si vedano ITALIA-MAGGIORA-ROMANO, *L'ordinamento comunale*, Milano, 2005, 727 ss. e NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5517 ss. Quest'ultimo li definisce come quei «servizi che soddisfano esigenze fondamentali della collettività, quali i trasporti di linea, le telecomunicazioni, la radiotelevisione, le poste, l'energia elettrica e il gas naturale», i quali pur costituendo attività tipicamente imprenditoriali sono stati in passato «sottratti al principio di libera iniziativa economica e sottoposti a un regime di riserva e gestione pubblica».

del singolo tipo di servizio⁽¹³²⁾. In questa sede rilevano esclusivamente i primi.

L'erogazione e la gestione dei servizi a rilevanza economica può essere affidata a società di capitali private, individuate per mezzo di procedure ad evidenza pubblica, a società di capitali a partecipazione mista pubblica-privata, in cui il socio privato è parimenti scelto mediante procedure ad evidenza pubblica, ovvero affidato direttamente a società *in house*.

Nel diritto comunitario si è posto il problema della compatibilità tra autoproduzione di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche e regole di concorrenza, dubbio risolto favorevolmente, vedendo quindi riconosciuta la legittimità dell'autoproduzione mediante società formalmente private e lucrative, ma sostanzialmente interamente controllate da un soggetto pubblico e destinate ai fini di questo.

3.1. I requisiti dell'*in house* providing: partecipazione totalitaria, controllo analogo e destinazione prevalente – Affinché la società possa definirsi *in house* deve possedere i seguenti tre requisiti: il

⁽¹³²⁾ La necessità di detta differenziazione è emersa in sede comunitaria ed è stata recepita mediante l'art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326. In dottrina si vedano, *ex plurimis*, CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in www.giustizia-amministrativa.it, DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2009, 11 ss., LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 31 ss., ID., *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, 35 ss., PURCARO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.* 2004, 1750, TESSAROLO, *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Sul regime dei servizi pubblici locali in vigore antecedentemente all'entrata in vigore del Testo unico degli enti locali, si rinvia a CAIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Rimini, 1995, TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999 e MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997.

capitale deve essere interamente pubblico, l'attività deve essere svolta in via prevalente nei confronti dell'ente pubblico controllante e l'ente pubblico deve esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici⁽¹³³⁾. Detti requisiti sono stati enucleati per la prima volta nella c.d. sentenza *Teckal*⁽¹³⁴⁾, senza che però ne venisse fornita una definizione precisa, talché sono stati necessari ripetuti interventi da parte della Corte di giustizia per tracciarne il perimetro. La Corte ha quindi chiarito che il «controllo analogo» è qualcosa di più del normale controllo societario ed è incompatibile con la presenza di un socio privato nella compagine sociale⁽¹³⁵⁾: una società può quindi essere

⁽¹³³⁾ Sul tema, si rinvia a COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 244; IAIONE, *Le società in house degli enti locali*, pubblicazione a cura dell'ANCI Lazio, 2006, 18 ss., LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 26; PERFETTI, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai Comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. CdS* 2004, 1161; MELLONE, *Legittimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?*, ivi, 1172.

⁽¹³⁴⁾ C. giust. CE 18 novembre 1999, C-107/98, in *Foro amm. CdS* 2001, 795, con osservazione di IANNOTTA. La sentenza è pubblicata anche in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2000, 1393, con nota di GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture. Le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. C. giust. CE 21 luglio 2005, C-231/03, in *Foro amm. CdS* 2005, 2001, con nota di GAVERINI, *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*; in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2005, 1421 con nota di BALDINATO, *Breve nota alla sentenza Coname: alcune interessanti affermazioni della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici*; in *Foro it.* 2006, IV, 77, con nota di URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società «in house»*; in linea con C. giust. CE 10 novembre 2005, C-29/04, in *Foro amm. CdS* 2005, 3151 e C. giust. CE 18 gennaio 2007, C-220/05, in *Foro amm. CdS* 2007, 740, con nota di GENINATTI SATÉ, *Forme e limiti dell'affidamento di appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*; in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2007, 337, con nota di FERRARO, *La*

considerata *in house* solo se la partecipazione pubblica è totalitaria. A sua volta, la partecipazione totalitaria da sola è condizione necessaria ma non sufficiente a configurare l'*in house providing*, in quanto in presenza di programmi o concrete possibilità di privatizzazione la partecipazione totalitaria non garantisce il «controllo analogo»⁽¹³⁶⁾. Parimenti, non si configura il «controllo analogo» in presenza di un consiglio di amministrazione dotato di ampi poteri di gestione, esercitabili in via autonoma⁽¹³⁷⁾. Il quadro che se ne desume è che la Corte immaginava la società di autoproduzione in modo sovrapponibile a quelle che in passato erano le aziende pubbliche, con il corollario che, essendo prevista da una norma imperativa l'autonomia gestionale dell'organo amministrativo

sentenza Auroux-Commune de Roanne: una nuova pronuncia del giudice comunitario in materia di affidamento di un appalto senza procedura ad evidenza pubblica.

⁽¹³⁶⁾ C. giust. CE 13 ottobre 2005, C-458/03, in *Foro amm. CdS* 2006, 42, con nota di GILBERTI, *In house providing questioni vecchie e nuove*; ivi 2006, 1669, con nota di CALSOLARO, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*; in *Giur. comm.* 2006, II, 777, con nota di DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*; in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2006, 227 (s.m.), con nota di BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*; in *Foro it.* 2006, IV, 76 (s.m.), con nota di URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società «in house»*, cit.; in *Giust. civ.* 2006, I, 3 (s.m.), con nota di IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2005, 1907 (s.m.), con nota di GOISIS, *I Giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*; in *Giur. comm.* 2007, II, 60 (s.m.), con nota di OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*.

⁽¹³⁷⁾ Così C. giust. CE 11 maggio 2006, C-340/04, in *Giust. civ.* 2006, I, 1663, che ha negato il carattere *in house* di una società controllata da una *holding* a sua volta partecipata al 99,8% dal comune committente. Gli altri azionisti erano comunque enti pubblici.

delle società per azioni, nel nostro ordinamento non si sarebbe potuta qualificare come *in house* nessuna S.p.a. alla luce della lettura restrittiva dei parametri sopra enunciati. Un'interpretazione espansiva ha visto, invece, evolversi il concetto di «controllo analogo» nella mancanza di autonomia della società, in quanto soggetto strumentale e di servizio tecnico dell'amministrazione pubblica⁽¹³⁸⁾. Viene in questo modo attenuato il requisito del controllo sotto il profilo organizzativo, fermi restando i requisiti fissati dalla sentenza *Teckal*. Un'ulteriore attenuazione avviene con una successiva pronuncia, la quale ha rinvenuto il «controllo analogo» anche nei confronti di una società a partecipazione maggioritaria, ma non totalitaria, dell'ente pubblico committente, grazie ad una convenzione corrente tra socio pubblico e società in virtù della quale un funzionario comunale aveva potere di direttiva verso la società stessa⁽¹³⁹⁾. In altre parole, il concetto di «controllo analogo» sfuma da controllo totale a potere di indirizzo e controllo, suscettibile di instaurarsi sulla base di norme statutarie o di patti parasociali. Detta nozione viene ulteriormente precisata dalla Corte di giustizia, successivamente, ammettendo la possibilità di un «controllo analogo congiunto» da parte di più soci, tutti pubblici, fruitori dei servizi della società strumentale⁽¹⁴⁰⁾. Da ultimo, infine, la giurisprudenza

⁽¹³⁸⁾ C. giust. CE 19 aprile 2007, C-295/05, in *Foro amm. CdS* 2007, 1082 (s.m.). Conforme C. giust. CE 18 dicembre 2007, C-220/06, in *Banca dati Dejure*.

⁽¹³⁹⁾ C. giust. CE 17 luglio 2008, C-371/05, in *Giur. comm.* 2009, II, 5 (s.m.), con nota di PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*.

⁽¹⁴⁰⁾ C. giust. CE 13 novembre 2008, C-324/07, in *Foro amm. CdS* 2008, 2899 (s.m.). Analogamente C. giust. CE 10 settembre 2009, C-573/07, in *Foro amm. CdS* 2009, 2233, con nota di MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo «analogo» esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali «extra-codicistiche»*, che ribadisce la necessità del controllo pubblico totalitario, anche congiunto da parte di più soggetti pubblici, non

comunitaria ha anche ammesso la legittimità dell'affidamento diretto a società miste, purché il socio privato fosse stato scelto mediante procedure competitive, rendendo meno rilevante la valutazione dei requisiti dell'*in house*⁽¹⁴¹⁾.

Preso atto dell'evoluzione giurisprudenziale segnalata, la dottrina⁽¹⁴²⁾ ha evidenziato quattro diverse accezioni di «controllo analogo». La prima consiste nel controllo totalitario esercitato dall'ente sulla società, caratterizzato da un *quid pluris* rispetto al normale controllo societario. La Corte di giustizia, tuttavia, non specifica in che cosa debba consistere detto *quid pluris*. La seconda è data dal controllo totalitario congiunto da parte di enti pubblici: l'ente affidatario non è più l'unico socio, ma il capitale sociale deve comunque appartenere nella sua totalità ad enti pubblici. La terza figura ammessa è la società mista, con socio privato scelto mediante gara. Tuttavia, non si capisce in che modo possa ritenersi sussistente un controllo analogo a quello sui propri uffici, laddove la società partecipata da un socio industriale privato, che come tale interverrà attivamente nella gestione societaria. La quarta consiste nelle società di diritto speciale, appositamente costituite per legge affinché perseguano un fine di pubblico interesse. Nella fattispecie, il «controllo analogo» deriverà innanzitutto dalle norme contenute nella legge istitutiva, ed in secondo luogo dalle disposizioni statutarie. Anche la giurisprudenza amministrativa ha espresso la propria posizione in

venendo meno il controllo analogo per la sola previsione statutaria dell'astratta possibilità di offrire servizi a terzi privati.

⁽¹⁴¹⁾ C. giust. CE 15 ottobre 2009, C-196/08, in *Guida dir.* 2009, 48, 95, con nota di BONURA-CARUSO, *Per valutare i requisiti tecnico-economici del privato è necessaria una procedura a evidenza pubblica*; in *Foro it.* 2010, IV, 514, con nota di SIMONETTI, in linea con quanto chiarito dalla Comunicazione della Commissione del 12 aprile 2008 in tema di partenariato pubblico-privato.

⁽¹⁴²⁾ LIBERTINI, *op. cit.*, 40.

tema di «controllo analogo», ritenendolo alla stregua di una relazione non retta da una «logica “dominicale”, rivelando piuttosto una dimensione “funzionale”»⁽¹⁴³⁾.

In altre parole, la sussistenza o meno del «controllo analogo» può essere valutata *ex post*, caso per caso, come l'influenza determinante del socio pubblico nelle scelte strategiche, sebbene detto concetto sia ben lontano da quello partorito originariamente dalla giurisprudenza comunitaria. Nei fatti, il «controllo analogo» potrà dunque concretizzarsi mediante norme contenute nello statuto, con le quali il socio pubblico si riserva poteri di indirizzo e controllo, ovvero mediante mezzi ordinariamente previsti dal diritto societario, come la riserva al socio di particolari diritti amministrativi, prevista per le S.r.l. dall'art. 2468, terzo comma, cod. civ., ovvero mediante la stipulazione di patti parasociali nelle S.p.a., o ancora per mezzo della previsione statutaria di organi atipici, come ad esempio comitati paritetici, composti da membri nominati dall'ente pubblico, incaricati del controllo diretto della gestione societaria.

Per quanto attiene all'ulteriore requisito delle società *in house*, vale a dire la «destinazione prevalente», si segnala che esso non è stato oggetto di particolare attenzione da parte delle pronunce della Corte di giustizia. Il criterio della prevalenza non richiede l'esclusività della produzione verso l'ente pubblico socio, ma nemmeno implica una mera valutazione quantitativa. Se si ammettesse alla società di operare liberamente sul mercato, con l'unica limitazione di realizzare il proprio volume d'affari prevalentemente verso l'ente pubblico socio, infatti,

⁽¹⁴³⁾ Cfr. Cons. Stato 9 marzo 2009 n. 1365, in *Foro amm.* CDS 2009, 3, 730(s.m.), secondo cui il «controllo analogo» è tale anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, purché però sia effettivo.

avremmo una distorsione del mercato causata dalla presenza di un operatore garantito da un ente pubblico e che fruisce di entrate certe date dal corrispettivo per il contratto di servizio con l'ente committente. Al contrario, l'interpretazione sistematica più adeguata pare quella che richiede che la società operi quasi esclusivamente nei confronti dell'ente pubblico, salvo deroghe richieste da situazioni particolari che consentono l'erogazione dei servizi a committenti diversi, per ragioni di continuità ed efficienza del servizio principale⁽¹⁴⁴⁾. Depone in tal senso l'art. 13 d.l. 223 del 2006, convertito in l. 248 del 2006, il quale limita la partecipazione alle gare delle società di autoproduzione degli enti pubblici, per le ragioni di tutela del mercato concorrenziale sopra accennate⁽¹⁴⁵⁾.

3.2. Le società in house come società «speciali» – Per quanto sopra esposto, non si può non evidenziare come le società *in house* rappresentino una forma di «società speciale», tant'è che sono state definite delle «semi-amministrazioni»⁽¹⁴⁶⁾, che fa sorgere degli

⁽¹⁴⁴⁾ LIBERTINI, *op. cit.*, 54.

⁽¹⁴⁵⁾ Ulteriori limitazioni all'impiego di società *in house* sono state imposte dall'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, poi abrogato in seguito al referendum del 12 e 13 giugno 2011. Il medesimo contenuto delle norme abrogate è stato riproposto «ora nei principi, ora testualmente» dall'art. 4 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148, con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale, intervenuta a seguito della sentenza C. cost. 20 luglio 2012, n. 199, in www.cortecostituzionale.it. Recentissime sono poi le prescrizioni restrittive in tema di società a partecipazione pubblica in generale, e di società *in house* in particolare, dettate dall'art. 4 d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135, attuativo della cosiddetta «*spending review*».

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, cit., 18.

interrogativi circa la compatibilità della loro disciplina specifica con quella comune, prevista dal codice civile.

Dal punto di vista della causa societaria, la società di autoproduzione non è esonerata dal perseguimento dello scopo lucrativo; tuttavia, detto scopo appare naturalmente confliggente con le finalità pubbliche di garantire un servizio adeguato a tariffe contenute.

Sotto il profilo del c.d. controllo analogo, la disciplina delle società *in house* pare inconciliabile con il regime ordinario delle società di capitali. Il controllo analogo fondato su clausole statutarie, infatti, renderebbe la società una «società anomala»⁽¹⁴⁷⁾. La soggezione degli amministratori a condizionamenti radicali da parte del socio pubblico contrasta irrimediabilmente con l'art. 2380-*bis* cod. civ., che riserva agli amministratori in via esclusiva le gestione al fine di perseguire l'oggetto sociale. La gestione esclusivamente riservata agli amministratori esclude ogni condizionamento esterno, così come l'esigenza del c.d. controllo analogo esclude l'autonomia gestionale civilisticamente prevista per l'organo amministrativo. La previsione di vincoli statutari tali da garantire il controllo analogo richiesto dalla giurisprudenza comunitaria sarebbe del tutto incompatibile col diritto comune. Né sarebbe ammissibile realizzare il controllo analogo per mezzo di patti parasociali, in quanto essi producono effetti meramente obbligatori: la violazione

⁽¹⁴⁷⁾ COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 264; ID., *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.* 2008, I, 652.

dell'eventuale patto parasociale volto ad assicurare il controllo analogo, infatti, comporterebbe solamente l'obbligo di risarcire il danno⁽¹⁴⁸⁾.

Se, come appena visto, l'ordinaria disciplina delle S.p.a. pare difficilmente coordinabile con il regime delle società di autoproduzione, lo stesso non si può dire per le S.r.l. Queste ultime, rispetto alle società per azioni, dispongono di una autonomia statutaria maggiore e di una maggiore centralità dei soci rispetto all'organo amministrativo, i quali potrebbero finanche prevalere nella gestione rispetto agli amministratori, salva la corresponsabilità *ex art.* 2476 cod. civ. Un tanto implica una maggiore adattabilità del tipo sociale delle S.r.l. alle esigenze di controllo analogo richieste per le società *in house*. Detta maggiore adattabilità è confermata dalla possibilità di assicurare al socio pubblico diritti sociali maggiori rispetto a quelli che spetterebbero in proporzione all'entità della partecipazione, *ex art.* 2468 cod. civ., oltre che dalla possibilità di impedire la circolazione delle partecipazioni a tempo indeterminato *ex art.* 2469 cod. civ., stabilizzando la posizione di dominio del socio pubblico. Ancora, può essere previsto l'obbligo per gli amministratori di sottoporre preventivamente determinate questioni alla decisione dei soci, ai sensi dell'art. 2479 cod. civ. e la possibilità per il socio pubblico di nominare gli amministratori⁽¹⁴⁹⁾. Per tutti i motivi

⁽¹⁴⁸⁾ Questa è l'opinione di COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 265. *Contra* LIBERTINI, *op. cit.*, 23 e ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 266 ss. La maggiore flessibilità della S.r.l. rispetto alla S.p.a. rende la prima più adatta alla partecipazione di un socio pubblico, che come tale deve rendere conto alla collettività dell'andamento societario, secondo la Corte dei conti, *Deliberazione* n. 14/SEZAUT/2010/FRG, 6, in www.corteconti.it.

sopra esposti, ferma restando la difficile conciliabilità tra disciplina delle società *in house* e regime ordinario delle società di capitali, pare preferibile l'adozione della forma societaria della S.r.l., in quanto la disciplina più elastica rispetto a quella delle S.p.a. meglio si attaglia alla configurazione del controllo analogo richiesto per l'*in house providing*.

Da ultimo, va rammentato che con riferimento agli affidamenti diretti a società di autoproduzione, oltre alla nutrita giurisprudenza comunitaria sopra riportata, è intervenuto recentemente anche il legislatore nazionale, precisamente con l'art. 4, comma 13, della l. 14 settembre 2011 n. 148 di conversione del d.l. 13 agosto 2011 n. 138. L'art. 4 testé menzionato è stato annullato per incostituzionalità ad opera della Corte costituzionale con sentenza 20 luglio 2012 n. 199, ma il contenuto relativo agli affidamenti *in house* è stato trasfuso nell'art. 4, comma 8, d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012 n. 135. L'ultima novella richiede, per la legittimità di qualsivoglia gestione *in house*, la presenza contestuale dei requisiti già enucleati dalla giurisprudenza comunitaria, vale a dire capitale interamente pubblico, destinazione prevalente e controllo analogo, oltre ad imporre un limite dimensionale del valore economico dei beni o del servizio pari a 200.000 euro annui⁽¹⁵⁰⁾. È espressamente vietato l'artificioso ed elusivo frazionamento dello stesso servizio, e del relativo affidamento: non si può attribuire un *nomen iuris* diverso servizi identici al fine di aggirare la soglia stabilita.

La conclusione che se ne può trarre è l'evidente ostilità del legislatore per gli affidamenti diretti. Si manifesta invece la propensione

⁽¹⁵⁰⁾ Nella formulazione originaria, il tetto agli affidamenti *in house* era di 900.000 euro ed è stato ridotto a 200.000 euro ad opera dell'art. 25 del d.l. 1 2012, modificativo dell'art. 4 del d.l. 138 del 2011.

agli affidamenti a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. Si evince, perciò, il forte ridimensionamento, per il futuro, del ricorso alle società di autoproduzione, che dovrebbero diventare così una modalità organizzativa del servizio tutto sommato marginale.

4. Profili civilistici – Sebbene nel lessico comune espressioni come «società in mano pubblica», «società pubblica» e «società a partecipazione pubblica» siano usate come sinonimi, a ciascuna di esse corrisponde un concetto ben definito. Quando in una società per azioni la totalità, la maggioranza o anche una minoranza di azioni, purché sufficiente ad assicurare il controllo della società, appartiene allo Stato o ad un ente pubblico, possiamo parlare di società «in mano pubblica»⁽¹⁵¹⁾. Ad un concetto analogo rimanda l'espressione «società pubbliche», laddove l'aggettivo non indica un attributo della società, ma di uno degli azionisti, sicché sono giustificate delle deroghe alla disciplina del diritto societario comune⁽¹⁵²⁾. Più ampio è il concetto di «società a partecipazione pubblica», che presuppone una qualsiasi partecipazione pubblica al capitale sociale, anche non idonea a garantire il controllo della società.

Il codice civile non dedica che pochi articoli alla disciplina delle società a partecipazione pubblica, segno che la disciplina dell'azionariato di Stato è stata volutamente considerata come unitaria: le uniche

⁽¹⁵¹⁾ La definizione è di GALGANO, *Diritto commerciale edizione compatta. L'imprenditore-Le società*, VIII ed., Bologna, 2010, 435.

⁽¹⁵²⁾ Così DEMURO, *Società in mano pubblica*, cit., 861, che evidenzia come il soggetto pubblico potrebbe influenzare l'andamento della società «pubblica» anche mediante clausole statutarie o vincoli contrattuali legittimati dall'interesse pubblico alla società o alla sua attività.

disposizioni speciali sono quelle contenute negli articoli 2449 e 2451⁽¹⁵³⁾. Dette norme riguardano essenzialmente i poteri di nomina degli amministratori da parte dell'azionista pubblico. In caso di società non quotate, lo statuto può riservare allo Stato o all'ente pubblico azionista il diritto di nominare amministratori, membri del consiglio di sorveglianza o sindaci in misura proporzionale alla partecipazione al capitale sociale. Le figure così nominate possono essere revocate solo dagli enti che li hanno nominati, ma hanno comunque gli stessi diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea. In caso di società quotate,

⁽¹⁵³⁾ Pare opportuno riportare per esteso il testo vigente degli articoli menzionati: art. 2449 «Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici». Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale./Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica./I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica./Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti; art. 2450 abrogato; art. 2451 «Norme applicabili». Le disposizioni di questo capo si applicano anche alle società per azioni d'interesse nazionale, compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti. Sull'argomento, si veda PERICU, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004, 1291.

invece, possono essere riservate all'ente pubblico partecipante azioni provviste dei diritti amministrativi e patrimoniali, ma non del diritto di voto in assemblea⁽¹⁵⁴⁾.

Il regime unitario delle società per azioni è conseguenza di una scelta ponderata da parte del legislatore del codice, che ha così inteso porre giuridicamente sullo stesso piano l'iniziativa economica pubblica e quella privata, nel caso di suo esercizio in forma societaria. Ancora più significativa, nel senso dell'assimilazione di statuto tra società pubbliche e private, è stata l'abrogazione dell'art. 2450 cod. civ. e la modifica dell'art. 2449 cod. civ., avvenute nel 2007⁽¹⁵⁵⁾ nell'ottica di limitare le prerogative del socio pubblico, più in particolare tese ad eliminare i poteri attribuiti all'azionista pubblico in misura non proporzionale alla propria quota di partecipazione⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ Per l'evoluzione dei poteri speciali previsti dalle singole leggi di privatizzazione, come la *golden share*, si rinvia alla nota 112. Più recentemente, poi, la l. 23 dicembre 2005 n. 266, finanziaria per il 2006, ha previsto la c.d. *poison pill*, che consiste nella previsione statutaria, per le società a rilevante partecipazione dello Stato, di emettere azioni o strumenti finanziari partecipativi che attribuiscono il diritto di chiedere l'emissione di ulteriori azioni con diritto di voto, di modo da vanificare eventuali tentativi di «scalata». Anche la *poison pill*, come d'altronde la *golden share*, è uno strumento utilizzato anche negli ordinamenti stranieri.

⁽¹⁵⁵⁾ Rispettivamente mediante l'art. 3, comma 1, d.l. 15 febbraio 2007 n. 10, convertito in l. 6 aprile 2007 n. 46 e l'art. 13 l. 25 febbraio 2008, n. 34.

⁽¹⁵⁶⁾ Le modifiche sono conseguenza di istanze emerse in sede comunitaria. Si rinvia a C. giust. CE 6 dicembre 2007, C-464/04, in *Giur. comm.* 2008, II, 576, con nota di DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex artt. 2449 c.c.* Sul punto, si vedano altresì VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla golden share ai fondi sovrani)*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 91 e IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.* 2008, I, 576. Si può affermare che l'adozione di un modello gestorio privatistico imponga al socio pubblico la soggezione al regime tipico del modello gestorio prescelto, precludendo per contro la riserva di poteri speciali connessi con la natura di soggetto pubblico dell'azionista.

La disciplina delle società per azioni, dunque, risulta unica, a prescindere dalla natura pubblica ovvero privata dell'azionista. Si applicano le ordinarie disposizioni del diritto comune tanto ai rapporti esterni che a quelli di organizzazione interna, realizzando «una perfetta identità di condizione giuridica»⁽¹⁵⁷⁾ tra impresa pubblica e privata. Il principio posto a fondamento del regime codicistico, pertanto, è quello della irrilevanza della persona dell'azionista nella società per azioni, per cui tale regime si applica indistintamente alle società con azionisti privati e con azionisti pubblici, nella misura in cui norme speciali non dispongano diversamente⁽¹⁵⁸⁾. Parimenti, la partecipazione pubblica «non altera [...] la struttura giuridico-formale dell'atto costitutivo e dello statuto societario»⁽¹⁵⁹⁾, venendo mantenuto lo scopo lucrativo tipico⁽¹⁶⁰⁾. Semmai, profili di specialità nel comportamento dello Stato in qualità di azionista si registrano nella fase precedente a quella dell'esercizio dei

⁽¹⁵⁷⁾ GALGANO, *loc. cit.* La dottrina sul punto è concorde. Si rinvia, *ex multis*, a RORDORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Soc.* 2005, 423 ed a MELE, *La costituzione della società per azioni*, in MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, 2003, 160, il quale afferma che la società «si distacca dall'ente pubblico [...] ed entra nel regime privatistico, dalle cui norme è disciplinata, senza alcuna possibilità di interferenze pubblicistiche». Un tanto è confermato anche dal recente orientamento giurisprudenziale in tema di responsabilità per danno erariale, di cui si tratta *sub cap.* III.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. FERRI, *Società per azioni*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, 1993, Roma, 6.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, cit., 13.

⁽¹⁶⁰⁾ Il perseguimento del fine di lucro non è precluso all'azionista pubblico, anzi alcuni Stati membri dell'OCSE hanno individuato nella creazione di valore, definita con terminologia diversificata, l'obiettivo generale della P.A. operante in veste di azionista. Così, la Svezia richiede che l'obiettivo generale del governo sia rappresentato dalla «creazione di valore per gli azionisti», la Francia ha come obiettivo la «migliore valorizzazione delle azioni dello Stato nelle società pubbliche», mentre in Regno Unito le partecipazioni azionarie della pubblica amministrazione devono tendere a produrre «stabilmente risultati positivi». Sul ruolo dell'azionista pubblico, si rinvia ai *Principi di riordino delle società pubbliche*, cit., 21.

poteri civilistici, nel momento quindi della formazione della volontà pubblica, in quanto singole disposizioni prevedono il previo esperimento di procedure tipicamente pubbliche, come deliberazioni o intese. Ciò nonostante, va detto che la presenza di *iter* procedimentali differenti tra azionista pubblico e privato non inficia l'ordinario regime di diritto comune, stante che detti procedimenti si collocano nella fase della formazione della volontà del socio pubblico e non in quella gestionale, che continua perciò ad essere assoggettata al diritto commerciale⁽¹⁶¹⁾.

Ciò premesso, va da sé che in linea generale le disposizioni codicistiche sulle società lucrative si applicano anche alle società di capitali ad azionariato pubblico. Innanzitutto, il fine naturale del contratto di società è e rimane il perseguimento dello scopo lucrativo, che nel caso delle società pubbliche può essere affiancato da quello sociale. Un tanto ha determinato l'affermazione di teorie contrastanti circa la coesistenza, e l'eventuale prevalenza, dei due interessi di differente natura⁽¹⁶²⁾, portando alla contrapposizione tra la dottrina coeva al codice e quella più moderna. Inizialmente, infatti, la dottrina ha

⁽¹⁶¹⁾ CLARICH, *Le società partecipe dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 5.

⁽¹⁶²⁾ GALGANO, *Diritto commerciale edizione compatta. L'imprenditore-Le società*, cit., 439 e ss., riporta le principali teorie sviluppatesi sul tema. In caso di partecipazione pubblica di minoranza, sarà prevalente l'interesse della maggioranza, privata, del capitale, per cui l'interesse sociale soccombe dinanzi a quello al profitto; nel caso di partecipazione totalitaria, per contro, l'interesse sociale prevale su quello al mero ottenimento di un lucro da distribuire all'azionista; il caso più problematico appare quello della partecipazione pubblica maggioritaria. Infatti, secondo la teoria maggioritaria la scelta del modello societario implica il declassamento dell'interesse sociale a mero interesse esterno, extrasociale, proprio di alcuni soci, per cui a prevalere dovrebbe essere l'interesse tipico della società cioè il lucro. Non mancano, tuttavia, posizioni contrastanti, secondo cui la partecipazione dello Stato all'azionariato di una società trasmetta a questa il fine pubblico perseguito dallo Stato nell'acquisizione della partecipazione.

affermato che «le ragioni di pubblica utilità che possono aver determinato la partecipazione alla società dello Stato o dell'ente pubblico rimanessero nel campo dei motivi giuridicamente irrilevanti e che nessuna differenza sostanziale si ponesse per il fatto che azionista fosse un ente pubblico anziché un privato»⁽¹⁶³⁾. Tuttavia, a seguito dell'introduzione del controllo sulle imprese pubbliche da parte del Ministero delle Partecipazioni statali e del Parlamento⁽¹⁶⁴⁾, e della soggezione alle direttive di politica economica anche delle aziende a partecipazione statale non totalitaria, ma solo prevalente, le posizioni meno recenti sono apparse inadeguate. Il mutato contesto normativo ha fatto sì che i motivi della partecipazione pubblica, totalitaria ovvero prevalente, non potessero più essere considerati alla stregua di motivi irrilevanti, essendo evidente che le società pubbliche perseguono scopi ulteriori, rispetto a quelli tradizionalmente imprenditoriali, per cui l'interesse pubblico di cui è portatore il socio pubblico influisce inevitabilmente sull'interesse sociale⁽¹⁶⁵⁾. Nondimeno, nella società in mano pubblica non vi è prevalenza di un aspetto rispetto all'altro, visto che la società è chiamata ad operare comunque secondo criteri di economicità, che si traducono almeno nell'autosufficienza economica. In altre parole, la partecipazione statale in una società per azioni non basta da sola a trasformare l'impresa pubblica in azienda di erogazione, a maggior ragione quando il socio pubblico non è l'unico azionista. In

⁽¹⁶³⁾ In questi termini FERRI, *loc. cit.*

⁽¹⁶⁴⁾ Intervenuto con L. 22 dicembre 1956, n. 1589 istitutiva del Ministero delle Partecipazioni statali appunto.

⁽¹⁶⁵⁾ Altra parte della dottrina, segnatamente ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, cit., 13, afferma che la natura privatistica della società a partecipazione pubblica è pacifica, per cui l'interesse pubblico può essere tutt'al più imposto in assemblea.

caso di impresa mista pubblica-privata, i caratteri imprenditoriali tradizionali prevalgono sui fini sociali dell'ente pubblico partecipante. Coesistono, dunque, nelle società in mano pubblica, «principi di redditività e di socialità»⁽¹⁶⁶⁾. Ciò significa che il perseguimento dell'interesse pubblico non può comportare il sacrificio degli interessi di cui sono portatori gli azionisti privati.

Il ragionamento fin qui sviluppato bene si attaglia ai casi di partecipazione pubblica maggioritaria, dove per «maggioritaria» si intende quella quota azionaria non necessariamente di maggioranza assoluta, ma rappresentante una quota sufficiente ad influenzare le scelte gestionali della società. In caso, invece, di partecipazione pubblica minoritaria si ritiene che l'interesse pubblico si esaurisca nella partecipazione azionaria in sé per sé, cioè nella partecipazione al capitale di rischio da parte dello Stato, teso a favorire lo sviluppo di una determinata attività o di uno specifico settore economico.

Le figure operanti all'interno del paradigma codicistico vedono confermate le proprie attribuzioni. Così, gli amministratori, a prescindere dal fatto di essere nominati con il voto dell'azionista pubblico piuttosto che di quello privato, rimangono dotati dell'esclusiva competenza ad amministrare la società e sono responsabili nei confronti della società stessa, degli azionisti e dei terzi direttamente danneggiati dalla loro condotta. Non hanno alcun vincolo di mandato nei confronti dell'assemblea. Parimenti, l'assemblea rimane investita delle competenze sue proprie, quali ad esempio la nomina e la revoca degli amministratori, l'approvazione del bilancio, l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. FERRI, *loc. cit.* Sul punto, si veda anche G. DI CHIO, *op. cit.*, 162.

La disciplina derogatoria rispetto a quella ordinaria riguarda essenzialmente la nomina e la revoca degli amministratori, consentendo al socio pubblico di acquisire o mantenere posizioni di comando in modi diversi da quelli ordinari. Lo statuto della società può riservare al socio pubblico la facoltà di nominare uno o più amministratori, sindaci o membri del consiglio di sorveglianza; i soggetti così nominati possono essere revocati solo dal socio pubblico che li ha nominati, venendo così sottratti ai poteri dell'assemblea. La deroga è più o meno estesa a seconda che l'azionista pubblico sia di maggioranza ovvero di minoranza. Nel primo caso, infatti, visto che la facoltà della nomina competerebbe già secondo il diritto comune, la deroga consiste nel potere di nomina al di fuori dell'assemblea, sottraendo la nomina o la revoca al dibattito con la minoranza. Nel secondo caso, invece, la deroga può consistere nel potere del socio pubblico di minoranza di nominare ugualmente amministratori o sindaci, scavalcando di fatto le prerogative ordinarie del socio maggioritario. Nella fattispecie prospettata avviene la scissione tra poteri di indirizzo, esercitati in assemblea dalla maggioranza, e poteri di gestione, di competenza in via eccezionale della minoranza. L'effetto economico della disposizione è perciò di consentire allo Stato «di partecipare al controllo della ricchezza [...] senza una corrispondente proprietà della ricchezza»⁽¹⁶⁷⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ L'efficace espressione, seppure riferita ai più incisivi poteri riservati al socio pubblico *ante* riforma, è di GALGANO, *Diritto commerciale – Le società*, Bologna, 2006, 452. Proprio per gli effetti dirompenti che astrattamente avrebbe potuto determinare, con un intervento invasivo nella gestione delle imprese private, la disposizione dell'art. 2450, anche prima dell'abrogazione, non è mai stata attuata nella pratica. Al contrario, l'art. 2449 è stato molto impiegato, soprattutto dalle Regioni e dagli enti locali per la nomina degli organi delle società finanziarie partecipate e delle società operanti nella fornitura di servizi pubblici locali. A titolo meramente esemplificativo, si riporta quanto emerso a seguito dell'esame della realtà

5. Le disposizioni speciali – Fa da contraltare all'impostazione codicistica, sostanzialmente unitaria, l'elevato numero di disposizioni singolari che determinano lo speciale statuto delle società a partecipazione pubblica. Non mancano, addirittura, norme a carattere specifico o provvedimentale¹⁶⁸). Si fa qui riferimento alle norme in materia di limiti alla costituzione ed al mantenimento di partecipazioni,

locale di Udine e del Friuli-Venezia Giulia. Lo statuto dell'AMGA – Azienda multi servizi Spa – Udine prevede che la metà più uno dei membri del consiglio di amministrazione sia nominato dal Comune di Udine, facendo richiamo espresso all'art. 2449 cod. civ. Inoltre, sempre al Comune è riservato il potere di revoca degli amministratori da esso nominati, mentre per la revoca degli amministratori nominati dall'assemblea è richiesta comunque una deliberazione assembleare. La nomina, la sostituzione e la revoca degli amministratori espressi dall'ente locale non passa dall'assemblea ma avviene direttamente. Allo stesso modo, nel caso di Friuli Venezia Giulia Strade Spa, lo statuto riserva al socio Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia il potere di nominare tre amministratori in seno al *board*, e tra di essi l'amministratore delegato. Visto che il consiglio di amministrazione a sua volta può essere costituito da tre o da cinque membri, ecco che viene comunque garantita la totalità, o quanto meno la maggioranza, degli amministratori di nomina regionale in seno all'organo amministrativo. Anche in questo caso vi è il richiamo esplicito all'art. 2449 cod. civ. La Regione nomina, inoltre, due sindaci effettivi, tra cui il Presidente del Collegio sindacale ed un Sindaco supplente. Nel caso di Friulia Spa, *holding* della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, al contrario, non si rinvencono riserve di poteri significative a favore del socio pubblico. Lo stesso dicasi per Autoservizi F.V.G. Spa – Saf, nel cui statuto non sono presenti riserve particolari di poteri a favore del socio pubblico, che ad ogni modo detiene una partecipazione di minoranza. Ciò nonostante, le procedure di nomina degli amministratori e dei membri del collegio sindacale, strutturate sulla base di liste, consentono comunque una rappresentanza significativa del socio minoritario, il Comune di Udine, tanto in seno all'organo amministrativo che a quello di controllo. Nella fattispecie, perciò, pur non rilevandosi alcun richiamo *expressis verbis* all'art. 2449 cod. civ., la tutela del socio pubblico viene garantita, allo stato attuale, *de facto*, anche se siffatta tutela è suscettibile di venire meno a seguito di modifiche alla quota detenuta da ciascun azionista all'interno della compagine sociale.

⁽¹⁶⁸⁾ Ci si riferisce alle misure a favore degli obbligazionisti e dei piccoli azionisti Alitalia, adottate per mezzo del d.l. 10 febbraio 2009 n. 5, convertito in l. 9 aprile 2009 n. 33, poi modificata ad opera del d.l. 1 luglio 2009 n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009 n. 102.

di composizione degli organi collegiali e di deleghe operative, di limiti al compenso degli amministratori, di limiti alle spese per acquisti e prestazioni di servizi, di procedure per il reclutamento del personale. In taluni casi, vi è addirittura la previsione esplicita di responsabilità per danno erariale in capo ai soggetti inottemperanti specifiche disposizioni. Le disposizioni di che trattasi sono espressione di divieti e limiti tesi al contenimento della spesa pubblica ed alla prevenzione di abusi dello strumento societario da parte delle amministrazioni azioniste, oltre che ad impedire che la concorrenza tra imprese venga falsata dalla presenza sul mercato di soggetti sostenuti finanziariamente dalla P.A.

La dottrina è sostanzialmente univoca nel ritenere disorganici, caotici e condotti al di fuori di un disegno coerente gli interventi in materia di società partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici, palesando una grave carenza di idee in capo al legislatore circa la regolamentazione e la gestione del fenomeno⁽¹⁶⁹⁾. Anzi è lo stesso legislatore, nella relazione n. 237 del 27 maggio 2011 redatta dal Servizio studi - Dipartimento bilancio, a constatare che il «quadro giuridico di riferimento è composto da una congerie di disposizioni speciali, spesso introdotte in risposta ad esigenze contingenti». Rilevate le carenze delle politiche in materia di società a partecipazione pubblica, a tutt'oggi si registra la totale assenza di indicazioni che facciano ipotizzare una volontà legislativa di disciplinare in maniera organica la materia.

Per quanto sopra premesso, ogni approccio al fenomeno delle società a partecipazione pubblica deve tenere conto del disomogeneo quadro giuridico di riferimento di cui si è già detto poc'anzi. La rassegna di fonti è varia ed annovera: l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223,

⁽¹⁶⁹⁾ Per tutti, si veda CHITI, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, cit., 3 ss.

Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale; l'art. 1, commi 465 e 466, 725-727, 729, 734 della l. 27 dicembre 2006, n. 296, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria 2007; l'art. 1, commi 44-53 e l'art. 3, commi 12-21, 27-32-ter, 44-52-bis della l. 24 dicembre 2007, n. 244, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria 2008; l'art. 16-bis del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria; gli artt. 18 e 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, gli artt. 18 e 19 del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini, gli artt. 6, 9 e 14, comma 32 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica; il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 195 Regolamento recante determinazione dei limiti massimi del trattamento economico onnicomprensivo a carico della finanza pubblica per i rapporti di lavoro dipendente o autonomo; l'art. 4 d.l. 13 agosto del 2011 n. 138, Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo, per finire col recentissimo art. 4 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95.

Alle pubbliche amministrazioni è vietata la costituzione e la partecipazione, anche in via minoritaria, in società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali. L'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento di quelle precedentemente possedute devono essere autorizzate dall'organo competente con delibera motivata,

da trasmettere per il controllo alla Corte dei conti. In caso di amministrazioni statali, tale autorizzazione deve avere la forma di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. La dismissione delle partecipazioni vietate va fatta espletando procedure ad evidenza pubblica⁽¹⁷⁰⁾. Quanto appena visto non si applica alle società quotate.

Alle pubbliche amministrazioni locali si applica una disciplina maggiormente restrittiva⁽¹⁷¹⁾, aggiuntiva rispetto a quella testé riportata. Le società partecipate da amministrazioni regionali o locali per lo svolgimento di attività strumentali dell'ente, ovvero per l'esternalizzazione di funzioni amministrative, ad eccezione di quelle operanti nel campo dei servizi pubblici locali o dei servizi centrali di committenza, devono svolgere la propria attività esclusivamente nei confronti degli enti costituenti o partecipanti, non potendo effettuare prestazioni a favore di altri soggetti, pubblici o privati, e non potendo partecipare in altre società con sede in Italia. Anche in questo caso, le attività vietate devono cessare, essere cedute o scorporate. Ulteriori limitazioni sono state introdotte nel 2010 per le società a partecipazione comunale⁽¹⁷²⁾.

In materia di composizione dell'organo amministrativo, è stata prevista innanzitutto una speciale causa di ineleggibilità per gli amministratori, consistente nell'avere ricoperto posizioni analoghe nel

⁽¹⁷⁰⁾ Art. 3, commi 27 e ss. della l. 24 dicembre 2007, n. 244, finanziaria per il 2008.

⁽¹⁷¹⁾ Art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 223, Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248, come da ultimo modificato ad opera del d.l. 30 dicembre 2008 n. 207, convertito in l. 27 febbraio 2009 n. 13.

⁽¹⁷²⁾ Art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, Misure urgenti di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, convertito in l. 30 luglio 2010 n. 122.

quinquennio precedente, chiudendo in perdita tre esercizi consecutivi⁽¹⁷³⁾. In secondo luogo, per le società non quotate partecipate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni statali è stato limitato il numero dei componenti dell'organo amministrativo, è stata soppressa la carica di vicepresidente ed è stato vietato ogni compenso aggiuntivo in caso di conferimento di deleghe operative al presidente o agli amministratori singolarmente. I limiti al numero dei membri dell'organo amministrativo operano anche nei confronti delle società interamente partecipate dagli enti locali e di quelle miste. Da ultimo, sono stati aboliti i gettoni di presenza, sono stati percentualmente ridotti i compensi ed è stato fissato un tetto massimo onnicomprensivo ai compensi di amministratori, consulenti e dipendenti di società non quotate a partecipazione pubblica diretta o indiretta. In caso di violazione del tetto retributivo, l'amministratore che ha disposto il pagamento ed il soggetto percettore del medesimo sono tenuti al risarcimento del danno erariale determinato forfetariamente nella misura di dieci volte l'ammontare eccedente la somma consentita⁽¹⁷⁴⁾. Il contenimento dei compensi opera anche nei confronti delle società a partecipazione locale totalitaria o mista⁽¹⁷⁵⁾.

Infine, in merito al reclutamento del personale, le società non quotate a partecipazione pubblica totale o di controllo devono attenersi a criteri e modalità rispettosi dei principi di trasparenza, pubblicità ed

⁽¹⁷³⁾ Art. 1, comma 734, l. 27 dicembre 2006, n. 296, finanziaria per il 2007. Per «perdita», ai sensi dell'art. 71 comma 1, lett. f) della l. 2009 n. 18 giugno 2009 n. 69, si intende il progressivo peggioramento dei conti, imputabile a scelte gestionali non necessitate.

⁽¹⁷⁴⁾ Art. 3, commi 12 e 13, legge finanziaria per il 2008, come sostituito dalla legge 18 giugno 2009 n. 69 e modificato dal d.l. 78 del 2010.

⁽¹⁷⁵⁾ Art. 1, comma 729, legge finanziaria per il 2007, confermato dall'art. 3, comma 17, legge finanziaria per il 2008, come modificato dal d.l. 78 del 2010.

imparzialità. Le società *in house*, invece, sono equiparate in tutto e per tutto, sul punto, alle pubbliche amministrazioni: devono perciò uniformarsi integralmente a quanto stabilito nel testo unico sul pubblico impiego, assumendo per concorso, e sono soggette al patto di stabilità⁽¹⁷⁶⁾.

Le necessità di addivenire ad una revisione della spesa pubblica, ha da ultimo portato all'adozione di misure volte alla riduzione delle spese, alla privatizzazione od alla liquidazione di società pubbliche, misure contenute nell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95. Le società soggette all'obbligo di messa in liquidazione o di privatizzazione sono quelle in capo alle quali si realizzano contemporaneamente due presupposti: il controllo, diretto o indiretto, da parte della pubblica amministrazione e l'operatività quasi esclusiva nei confronti della pubblica amministrazione stessa, nella misura del 90% del fatturato da prestazione di servizi relativo all'esercizio 2011⁽¹⁷⁷⁾. La sanzione prevista per l'inadempimento dell'obbligo suddetto è il divieto per la società di ricevere affidamenti diretti di servizi, né di ottenere il rinnovo degli affidamenti di cui sono già titolare. I termini fissati per la dismissione, dunque sono perentori non tanto per l'esistenza della società, quanto per

⁽¹⁷⁶⁾ Art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, convertito in l. 6 agosto 2008 n. 133 e modificato dal d.l. 1 luglio 2009, n. 78, Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini, convertito in l. 5 agosto 2009 n. 102.

⁽¹⁷⁷⁾ Art. 4 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95. Il decreto originario aveva disposto la liquidazione o la privatizzazione di tutte le società strumentali entro il 2013, ma la norma è stata immediatamente corretta dal Parlamento, facendo salve le società che operano per almeno il 10% del fatturato con realtà diverse dall'amministrazione proprietaria e quelle che svolgono servizi «di interesse generale». La deroga mina fortemente l'efficacia della norma, che rischia così di non far conseguire i risparmi di spesa auspicati in sede di prima stesura.

la sua operatività: entro il 31 dicembre 2013 le società vanno sciolte, ovvero entro il 30 giugno 2013 vanno alienate le partecipazioni con contestuale assegnazione quinquennale del servizio. Sono escluse dall'ambito applicativo della norma le società che erogano servizi pubblici, quelle che svolgono compiti di centrale di committenza, Consip e Sogei, le società da individuare mediante decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di riservatezza dei dati e controllo dei contributi comunitari all'agricoltura e le società quotate in Borsa.

Fin qui il contenuto dei primi tre commi dell'art. 4. I commi seguenti impongono ulteriori limitazioni in tema di composizione dell'organo amministrativo. I consigli di amministrazione delle società in possesso dei due requisiti sopra enunciati devono essere composti da tre membri, di cui due dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione, che devono riversare i compensi percepiti all'amministrazione di appartenenza. Per le società a totale partecipazione pubblica, anche se indiretta, invece, il consiglio di amministrazione può essere di tre o cinque membri, tenuto conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte. Anche in questa fattispecie il consiglio deve comprendere i dipendenti delle amministrazioni titolari della partecipazione, con relativo obbligo di riversamento dei compensi.

Il comma 8 circoscrive, a far data dal 1 gennaio 2014, l'ammissibilità di affidamenti diretti ai casi di *in house* ammessi a livello comunitario, imponendo il limite dimensionale dei 200.000 euro di valore economico dei beni o del servizio affidati.

Il comma 9 estende alle società strumentali fino al 31 dicembre 2015 il blocco alle assunzioni ed il blocco agli stipendi previsto per le amministrazioni controllanti.

Vero è che le disposizioni di *spending review* penalizzano gli affidamenti *in house*, ma altrettanto vero è che è preponderante il disfavore con cui il legislatore guarda alle società strumentali. Le disposizioni in questione, infatti, trattano solo in un comma le società di autoproduzione, avendo come fine principale la regolamentazione in senso restrittivo delle sole società strumentali, e con esclusione espressa delle società che erogano servizi pubblici. A questo punto, dunque, urge puntualizzare le differenze tra le ultime due citate tipologie societarie, al fine di meglio comprendere la portata della novella del 2012. Le società strumentali prestano la propria attività nei confronti dell'amministrazione pubblica socia, per cui la collettività ne tra benefici in via meramente indiretta. Al contrario, le società erogatrici di servizi prestano la propria attività direttamente nei confronti della collettività degli utenti, che sono quindi i veri destinatari dei servizi offerti sul mercato. È di assoluta rilevanza la differenza sopra esposta, in quanto delinea l'ambito applicativo di una normativa volutamente penalizzante.

Le norme singolari introdotte negli ultimi anni, di cui si è dato conto *supra*, sono state dettate dalla volontà di limitare l'abuso nella costituzione e nell'utilizzo delle società a partecipazione pubblica e hanno teso al contenimento della spesa pubblica. Tutto ciò induce ad un'ultima considerazione sul regime delle società a partecipazione pubblica: non si può negare l'orientamento del legislatore a considerare dette società alla stregua di veri e propri apparati amministrativi, con conseguente soggezione a misure di contenimento della spesa pubblica e di trasparenza. Proprio in quest'ottica hanno un senso, appunto, il limite al numero di componenti dei consigli di amministrazione, il limite al loro compenso, i vincoli sulle procedure di assunzione di dipendenti per le società *in house*, i vincoli alla costituzione e al mantenimento di

partecipazioni in società non strettamente strumentali ai fini istituzionali dell'ente pubblico, gli obblighi di dismissione delle società operanti solo verso l'amministrazione pubblica socia. Da questa tendenza «panpubblicistica»⁽¹⁷⁸⁾ restano escluse le società quotate sui mercati regolamentati, alle quali si applica in via esclusiva la disciplina del codice civile. La *ratio* comunque è evidente: il legislatore pare superare la divisione delle partecipazioni sulla base di criteri meramente formali, quali l'esercizio di attività mediante società anziché mediante ente o azienda autonoma, per sposare un criterio più attuale come l'orientamento al mercato della società. L'evoluzione, che va salutata con favore, porta a distinguere tra società private con azionisti pubblici, da un lato, e amministrazioni pubbliche in forma di società dall'altro⁽¹⁷⁹⁾, senza dimenticare che il legislatore in questo disegno di ridimensionamento si è spinto a tal punto che in dottrina si è parlato di «tramonto» della partecipazione pubblica e di superamento del principio della capacità generale degli enti pubblici, sicché la partecipazione di un soggetto pubblico ad una società debba considerarsi in linea di principio vietata salvo che nei casi eccezionali previsti dalla legge⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁷⁸⁾ TORCHIA, *op. ult. cit.*, 7.

⁽¹⁷⁹⁾ Queste ultime definite nel Rapporto Assonime *Principi di riordino*, citato in precedenza, «semi-amministrazioni».

⁽¹⁸⁰⁾ MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 68 ss.

CAPITOLO III: LA RESPONSABILITA' PER DANNO ERARIALE NELLE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

SOMMARIO – 1. Premessa – 2. L'evoluzione della giurisprudenza. Un primo orientamento restrittivo – 2.1. L'orientamento estensivo – 2.1.1. L'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione n. 19667 del 2003 – 2.1.2. La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 3899 del 2004 – 2.1.3. Brevi considerazioni sui criteri di collegamento utilizzati – 2.1.4. La giurisdizione ordinaria esclusiva per le società quotate a partecipazione minoritaria – 2.1.5. Criticità relative all'orientamento estensivo – 2.2. Il nuovo orientamento restrittivo. La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 26806 del 2009 – 2.2.1. L'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione n. 27092 del 2009 e le società disciplinate da leggi speciali – 2.2.2. Considerazioni e criticità relative al nuovo orientamento restrittivo – 2.2.3. Le obiezioni della magistratura contabile – 2.3. Le ordinanze del 2011– 3. L'azione civilistica di responsabilità – 4. Le differenze tra responsabilità erariale e responsabilità civilistica.

1. Premessa – L'assenza di norme tipizzanti compiutamente il danno erariale, unita alla privatizzazione di enti, funzioni e modi di agire della pubblica amministrazione, ha fatto sì che si presentasse in tutta la sua rilevanza la problematica della responsabilità per danno erariale

degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica.

Sull'argomento la prima cosa da evidenziare è la mancanza, nel nostro ordinamento, di una disposizione che esplicitamente sancisca detta responsabilità in relazione ai soggetti summenzionati. Invero, più volte in passato si è tentato di introdurre disposizioni in tal senso, tuttavia ogni tentativo è stato respinto a seguito di più attente valutazioni maturate in sede parlamentare. Si fa qui riferimento all'art. 3 del disegno di legge governativo n. 1303 del 1995, riguardante «Modificazioni alle vigenti disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti». Il richiamato articolo prevedeva che «i componenti degli organi di amministrazione e di controllo, nonché i funzionari e i dipendenti degli enti pubblici economici e delle società sulle quali lo Stato esercita il controllo in ragione della partecipazione al capitale sociale, sono soggetti, per danni da essi arrecati agli enti o alle società stesse, alla giurisdizione della Corte dei conti, secondo le norme regolanti la materia». Detto disegno di legge non fu approvato. Una norma del medesimo tenore fu inserita in un decreto legge coevo, ma con esiti non dissimili: il decreto venne poi modificato ed infine non convertito⁽¹⁸¹⁾. Il vuoto normativo è stato perciò colmato dalla giurisprudenza, la quale ha però periodicamente mutato orientamento, contribuendo in modo decisivo ad alimentare le incertezze sul punto⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸¹⁾ Art. 1, comma 4, d.l. 25 febbraio 1995 n. 47.

⁽¹⁸²⁾ Sull'argomento la letteratura è sterminata e ha accompagnato l'iter evolutivo seguito dalla giurisprudenza e spiegato nelle pagine seguenti. Oltre agli Autori che hanno annotato le fondamentali pronunce n. 19667 del 2003, n. 3899 del 2004, n. 26806 del 2009, si vedano ATELLI, *Ampliata la giurisdizione contabile agli atti di natura imprenditoriale*, in *Guida dir.* 2004, 4, 47; AURIEMMA, *L'incidenza del danno, quale criterio di collegamento per la giurisdizione sulle società per azioni partecipate da ente pubblico*, in *Riv. Corte conti* 2010, 3, 276; CAPALBO, *I limiti*

I confini della responsabilità amministrativa e contabile sono stati oggetto di un dibattito cinquantennale, ancora oggi interessante per quanto riguarda le società a partecipazione pubblica, che trae le mosse dal seguente interrogativo: in mancanza di una norma esplicita che assoggetti una determinata fattispecie alla giurisdizione erariale, detta giurisdizione va affermata o, al contrario, negata? In altre parole, la diatriba era tradizionalmente incentrata sul presunto contenuto precettivo del secondo comma dell'art. 103 della Costituzione, che testualmente recita «La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità

esterni della giurisdizione della corte dei conti e società partecipate: una brusca battuta d'arresto, in www.amcorteconti.it; CAROSELLI, La responsabilità amministrativa degli amministratori di società a partecipazione pubblico locale e degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici, in www.dirittodeiservizipubblici.it; DE DOMINICIS, Casi di «malagestio» nella conduzione privatistica delle società per azioni a capitale pubblico, in Riv. Corte conti 2006, 3, 379; GUERRIERI, I giudizi di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica. Giudice civile o giudice contabile? Una possibile mediazione, in Riv. Corte conti 2007, 6, 285; LOMBARDO, In tema di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla responsabilità di amministratori di società per azioni partecipate dallo Stato, in Riv. Corte conti 2005, 1, 145; NOVELLI-VENTURINI, La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società, Milano, 2008; PETRONI, Responsabilità amministrativo/contabile e implicazioni in tema di giurisdizione della Corte dei Conti degli amministratori di società che gestiscono servizi pubblici locali, in www.diritto.it; PIGA, Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione, in Foro amm. CdS 2007, 2675; PINOTTI, La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società partecipazione pubblica, in Riv. Corte conti 2004, 5, 312; RISTUCCIA, La responsabilità «sociale» erariale nelle società pubbliche, in Riv. Corte conti 2005, 1, 325; ROSSI, La responsabilità degli amministratori delle società «pubbliche», in Giur. comm. 2009, I, 521; SAU, La responsabilità amministrativa per danno erariale di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, in Riv. trim. app. 2009, 3, 633; VENTURINI, La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche, in Giorn. dir. amm. 2006, 1127.

pubblica e nelle altre specificate dalla legge». La dottrina e la giurisprudenza si sono dunque chieste se siffatta disposizione potesse costituire il fondamento di una giurisdizione generalizzata della Corte dei conti in materia di finanza pubblica, ovvero se essa fosse una mera norma generale, che per essere applicata avrebbe richiesto una esplicita previsione legislativa in tal senso, la cosiddetta *interpositio legislatoris*. Si tenga presente, peraltro, che il sistema di responsabilità civile venutosi delineando a seguito della riforma del diritto societario «a prima vista non sembrerebbe individuare per gli amministratori ed organi delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici uno statuto differenziato di “responsabilità” verso la società, verso i soci, i creditori sociali ed i terzi, diverso da quello “ordinario”»⁽¹⁸³⁾. La particolare attualità della questione è dovuta, come già visto, al fatto che nell’ultima ventina d’anni la pubblica amministrazione ha fatto ricorso sempre più di frequente a moduli privatistici di espletamento di funzioni pubbliche, talché si è fatta via via più difficile la definizione stessa di «pubblica amministrazione»⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸³⁾ L’osservazione è di PINOTTI, *op. cit.*, 340.

⁽¹⁸⁴⁾ Secondo DEMURO, *Società in mano pubblica*, cit., 864, alla base dell’orientamento estensivo espresso dalla Cassazione con la sentenza n. 3899 del 2004, di cui si parlerà nel prosieguo, ci sarebbe appunto la proliferazione delle società a partecipazione pubblica o, per dirla con le parole dell’Autore, «l’evidente abuso dell’utilizzo delle società pubbliche, con il conseguente utilizzo delle risorse pubbliche». Peraltro, la difficoltà a tracciare i limiti del concetto stesso di «amministrazione pubblica» non è nuova nel sistema italiano, se già negli anni ottanta CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 15 affermava che «La definizione di pubblica amministrazione e la ricognizione dei suoi confini, che non ponevano dubbi fino a qualche decennio fa, sono divenute ora notevolmente incerte. Per comprendere la causa di tale incertezza, si considerino solo due aspetti. Da una parte, le dimensioni raggiunte dalla pubblica amministrazione nel suo complesso (non meno di cinque milioni di addetti). Dall’altra, la varietà delle figure organizzative che essa comprende e l’estrema diversificazione delle discipline, al

Sulla necessità di *interpositio legislatoris*, la giurisprudenza ha più volte mutato orientamento⁽¹⁸⁵⁾, fino ad addivenire ad una interpretazione fortemente restrittiva, secondo cui la portata del citato art. 103, comma 2 Cost. sarebbe limitata a fungere da riparto costituzionale di giurisdizione e, quindi, sarebbe priva di capacità espansiva, al di fuori delle ipotesi espressamente devolute all'organo contabile⁽¹⁸⁶⁾. Nonostante siffatta decisa chiusura, la giurisdizione della Corte di conti si è andata poi comunque ampliando in via interpretativa, a seguito di alcuni interventi legislativi come l'art. 1 comma 4 della legge n. 20 del 1994, introduttivo della responsabilità per il c.d. «danno obliquo», e l'art. 7 della legge n. 97 del 2001, che dispone la comunicazione alla Procura della Corte dei conti delle sentenze di condanna per delitti contro la pubblica amministrazione riguardanti dipendenti di amministrazioni o di enti

punto che vi sono enti pubblici la cui attività è regolata quasi interamente dal diritto privato (stipulano contratti come i privati, non sono dotati di poteri autoritativi che caratterizzano solitamente la pubblica amministrazione, ecc.). In questa multiforme realtà, la ricerca di un concetto univoco di pubblica amministrazione è problematica e la sua delimitazione dipende essenzialmente dai criteri che, in relazione ad una certa finalità (di ordine giuridico, economico o statistico), si vogliono seguire. Per affrontare il problema, bisogna, dunque, procedere in via analitica e di ipotesi, indicando di volta in volta i criteri adottati e lo scopo che il loro uso è volto a conseguire».

⁽¹⁸⁵⁾ Le differenti posizioni succedutesi nel tempo sono riassunte da TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 31 ss.

⁽¹⁸⁶⁾ C. cost. 30 dicembre 1987 n. 641, in *Foro it.* 1988, I, 694, di cui vale la pena riportare la massima: «La Corte dei conti è titolare di giurisdizione sulle materie di contabilità pubblica, comprendente sia i giudizi di conto sia quelli di responsabilità a carico degli impiegati e degli agenti contabili dello Stato e degli enti pubblici economici. La materia della contabilità pubblica è sufficientemente individuata nell'elemento soggettivo (amministrazione pubblica soggetto passivo del danno) e nell'elemento oggettivo (qualificazione pubblica del denaro e del bene oggetto della gestione). Comunque l'attribuzione di giurisdizione alla Corte dei conti postula puntuali disposizioni legislative, tenuto conto che in difetto di tali disposizioni la giurisdizione spetta al giudice ordinario, che normalmente conosce delle controversie in materia di diritti soggettivi».

pubblici, ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica, affinché alla condanna segua il procedimento per danno erariale⁽¹⁸⁷⁾.

Le prime problematiche circa il perimetro esterno della giurisdizione contabile sorgono contestualmente alla trasformazione degli enti pubblici in società per azioni, avvenuta mediante il d.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito in l. 8 agosto 1992 n. 359. A seguito della trasformazione di Iri, Eni, Ina ed Enel in società di diritto privato, infatti, il controllo su dette società era stato sottratto alla Corte dei conti, essendo venuta meno la qualifica di «ente pubblico» per tali soggetti⁽¹⁸⁸⁾. Di diverso avviso è stata la Corte costituzionale⁽¹⁸⁹⁾, la quale si esprime a favore del mantenimento della responsabilità giuscontabile, affermando che le ragioni del controllo non vengono meno in seguito alla modifica della veste formale dell'ente pubblico economico trasformato, bensì alla sua privatizzazione sostanziale. Secondo la Corte costituzionale, dunque, sotto il profilo della responsabilità la differenziazione tra ente pubblico e società a partecipazione pubblica è alquanto attenuata, per due ordini di ragioni: in primo luogo per via dell'impiego sempre maggiore di società di diritto privato per il perseguimento di finalità di pubblico interesse ed in secondo luogo perché va privilegiata la nozione sostanziale di impresa pubblica, in accoglimento degli indirizzi emersi a livello comunitario⁽¹⁹⁰⁾. Tale opinione è condivisa dalla Cassazione penale, la quale ha sentenziato che

⁽¹⁸⁷⁾ Sull'argomento si rinvia a TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 34 ss.

⁽¹⁸⁸⁾ Per la sussistenza del controllo della Corte era indispensabile la qualifica di «ente pubblico», ai sensi dell'art. 12 l. 21 marzo 1958 n. 259.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. C. cost. 28 dicembre 1993 n. 466, in *Foro it.* 1994, I, 325, pubblicata anche in *Giur. comm.* 1994, II, 533, con nota di MAUGERI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*.

⁽¹⁹⁰⁾ Sul punto, si rinvia a PAPA MALATESTA, *op. cit.*, 701.

la trasformazione degli enti pubblici economici in società di diritto privato non ne fa venire meno la natura pubblicistica, persistendo in capo ai loro dipendenti la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio⁽¹⁹¹⁾. Sulla stessa linea si attesta il Consiglio di Stato, che ha affermato che la semplice veste formale societaria non è sufficiente a mutare la natura pubblicistica di un soggetto⁽¹⁹²⁾.

Per inciso, si segnala che la natura giuridica delle società a partecipazione pubblica è stata esaminata dalla giurisprudenza anche sotto il punto di vista della normativa applicabile in materia di lavori pubblici. Fin da prima dell'entrata in vigore della «legge Merloni»⁽¹⁹³⁾, la Cassazione distingueva tra concessionari di opera pubblica e società a partecipazione pubblica *tout court*⁽¹⁹⁴⁾. Gli appalti di lavori pubblici banditi da concessionari privati di opere pubbliche sono stati ritenuti soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo, poiché la concessione di opera pubblica comporta il trasferimento di funzioni e poteri pubblici tra concedente, la P.A., e concessionario, la società privata. È stato sostenuto, infatti, che il soggetto privato operasse in qualità di organo dell'amministrazione, per cui la natura degli atti da questo adottati sarebbe stata sostanzialmente amministrativa⁽¹⁹⁵⁾. Per

⁽¹⁹¹⁾ Così Cass. 22 giugno 2000 n. 10027, in *Cass. pen.* 2001, 3060. Conforme Cass. 8 marzo 2001 n. 20118, in *Riv. pen.* 2001, 834.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. Cons. Stato 7 giugno 2001 n. 3090, in *Giust. civ.* 2002, I, 1432. Conformi Cons. Stato 24 settembre 2001 n. 5007, in *App. urb. ed.* 2002, 111 e Cons. Stato 15 febbraio 2002 n. 934, in *Foro amm. CdS* 2002, 390.

⁽¹⁹³⁾ L. 11 febbraio 1994 n. 109.

⁽¹⁹⁴⁾ Cass., Sez. un., 29 dicembre 1990 n. 12221, in *Giur. cost.* 1991, 2435, con nota di AZZARITI, *Il limite soggettivo nella tutela nei confronti della P.A.*

⁽¹⁹⁵⁾ Dal canto suo, la dottrina ha fortemente criticato questa impostazione, valorizzando piuttosto la natura privatistica del concessionario, affermando la conseguente natura privatistica degli atti dallo stesso posti in essere e non ravvedendo alcun trasferimento di funzioni pubbliche in capo al concessionario. Così

contro, nel caso di gare per l'appalto di lavori pubblici indette da società costituite e partecipate da enti pubblici, a loro volta non vincolate da una concessione con gli enti partecipanti, la Suprema corte aveva riconosciuto la natura sostanzialmente privata della società, nonostante la partecipazione pubblica maggioritaria o totalitaria. Le società partecipate, dunque, in mancanza di concessione andavano considerate alla stregua di soggetti di diritto privato a tutti gli effetti, distinte dagli enti partecipanti e, di conseguenza, gli atti da esse posti in essere andavano considerati atti di diritto privato.

La ricostruzione di cui sopra venne contestata già alla fine degli anni '90 dal Consiglio di Stato⁽¹⁹⁶⁾. Il massimo organo di giustizia amministrativa propugnava una teoria «sostanzialistica», secondo la quale gli atti di gara delle società a partecipazione pubblica, sebbene prive di rapporto di concessione con gli enti pubblici soci, erano soggetti alla giurisdizione amministrativa. In sintesi, veniva affermato che anche soggetti formalmente privati, quando realizzano un'attività amministrativa tesa alla tutela di interessi pubblici, vanno equiparati alle amministrazioni pubbliche⁽¹⁹⁷⁾.

AZZARITI, *op. cit.*, 2442. ID., *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.* 1991, 531 ss., CANNADA BARTOLI, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.* 1991, 938.

⁽¹⁹⁶⁾ Cons. Stato 28 ottobre 1998 n. 1478, cit.

⁽¹⁹⁷⁾ Dal punto di vista della responsabilità erariale, questa «presupposta (e non dimostrata) equivalenza tra società pubbliche ed enti pubblici», nonostante la presenza di forti «indici di pubblicità» è stata fortemente contestata dalla dottrina privatistica. Si veda SAU, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, in www.federalismi.it, 114, ma soprattutto IBBA, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 13 ss., ID., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.* 2010, I, 365 ss. L'Autore sviluppa un ragionamento che anticipa i contenuti delle pronunce di cassazione del 2009, individuando il limite alla

Da ultimo, va aggiunto come il diritto comunitario degli appalti abbia sempre fatto riferimento ad un concetto di «soggetto pubblico» piuttosto esteso, attento più che altro alla sua natura sostanziale. In tema di appalti di lavori pubblici, pertanto, le società a partecipazione pubblica vanno considerate a buon diritto soggetti pubblici, in quanto rappresentano strumenti dell'azione pubblica, al di là della veste societaria formalmente privatistica.

2. L'evoluzione della giurisprudenza. Un primo orientamento restrittivo – Fino all'ordinanza della Cassazione a Sezioni unite n. 19667 del 2003, la giurisprudenza era tetragona nel ritenere i dipendenti e gli amministratori degli enti pubblici economici soggetti ad un duplice regime di responsabilità a seconda che la condotta illecita si fosse realizzata nell'esercizio di funzioni pubbliche, ovvero nel compimento di atti d'impresa: nel primo caso la giurisdizione apparteneva alla Corte dei conti, mentre nel secondo al giudice ordinario. La ripartizione fondata sulla distinzione fra atti di organizzazione e atti di gestione resisteva fin dal 1982⁽¹⁹⁸⁾ e può essere sintetizzata con le parole della Suprema corte,

giurisdizione contabile nell'incidenza del danno direttamente sul patrimonio sociale, anziché su quello del socio pubblico. Si veda IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica*, in *Riv. dir. civ.* 2006, II, 145 ss.

⁽¹⁹⁸⁾ Cass., Sez. un., 2 marzo 1982 n. 1282, in *Giur. comm.* 1983, II, 381. Nel medesimo solco si collocano, *ex multis*, Cass., Sez. un., 21 ottobre 1983 n. 6179, in *Foro it.* 1984, I, 329, Cass., Sez. un., 10 maggio 1984 n. 2851, in *Giust. civ.* 1984, I, 3346, Cass., Sez. un., 27 febbraio 1985 n. 17121, in *Foro it.* 1985, I, 1011, Cass. Sez. un., 14 dicembre 1985 n. 6328, in *Giur. comm.* 1987, II, 250, Cass., Sez. un., 4 maggio 1989 n. 2086, in *Banca dati Dejure*, Cass., Sez. un., 15 novembre 1989 n. 4860, in *Riv. corte conti* 1989, 1, 224 Cass., Sez. un., 22 maggio 1991 n. 5792, in *Riv. Corte conti* 1991, 1, 241. Sull'orientamento meno recente, si vedano FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.* 2011, II, 321 e MAURO, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. "pubblica"*,

secondo cui per gli amministratori ed i dipendenti di enti pubblici economici «la giurisdizione contabile della Corte dei Conti sussiste con limitato riguardo agli atti esorbitanti dall'esercizio di attività imprenditoriale ed integranti espressione di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero di funzioni pubbliche svolte in sostituzione di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici, perché, in caso contrario, non è configurabile un rapporto di servizio con lo Stato». Ancora, «gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di carattere pubblico, normalmente svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato e in tale svolgimento sono soggetti alla disciplina dell'imprenditore privato», tanto più che «alla natura, agli scopi ed al modo di operare degli enti pubblici economici mal si addice il rigore del controllo della contabilità pubblica in senso stretto»⁽¹⁹⁹⁾. A nulla rilevava la soggezione degli enti pubblici economici alle direttive degli organi

in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 312. Più in generale, sull'evoluzione della responsabilità giuscontabile in materia di società a partecipazione pubblica, si rinvia a SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009, 540 e SANTOSUOSSO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e giurisdizione)*, in *Riv. dir. soc.* 2009, 49.

⁽¹⁹⁹⁾ Cass., Sez. un., 2 ottobre 1998 n. 9780, in *Foro it.* 1999, I, 575. Si può dire che la giurisprudenza fosse tetragona nell'affermare la giurisdizione della Corte dei conti limitatamente ai casi di responsabilità connessa all'esercizio di poteri autoritativi o di funzioni pubbliche, ricadendo invece quella relativa all'attività gestionale nella giurisdizione ordinaria. Si vedano, tra le altre, Cass., Sez. un., 2 marzo 1982 n. 1282, cit., 21 ottobre 1983 n. 6179, in *Foro amm.* 1984, 1102, 18 marzo 1988 n. 2489, in *Foro it.* 1988, I, 2602, 22 maggio 1991 n. 5792, in *Giust. civ.* 1991, I, 1987, 22 ottobre 1992 n. 11560, in *Riv. Corte conti* 1993, 1, 212, 15 dicembre 1997 n. 12654, in *Giust. civ.* 1998, I, 2273 con nota di VISCA, *Natura giuridica della AMTAB e conseguente giurisdizione del giudice ordinario in tema di responsabilità degli amministratori*, 12 giugno 1999 n. 334, in *Dir. mar.* 2000, 1361, 21 novembre 2000 n. 1193, in *Finanza locale* 2001, 891.

dello Stato o ai programmi governativi⁽²⁰⁰⁾, né il ripianamento delle perdite da parte del pubblico erario, tenuto conto che il deficit di bilancio era preventivato date le tariffe non remunerative e gli oneri di servizio pubblico⁽²⁰¹⁾, essendo valorizzato piuttosto il connotato della imprenditorialità della gestione.

2.1. L'orientamento estensivo – La normativa a fondamento della responsabilità amministrativa del pubblico dipendente è rimasta immutata per decenni⁽²⁰²⁾. L'impostazione tradizionale prevedeva che il dipendente fosse responsabile solo per i danni cagionati nell'esercizio delle proprie funzioni e solo alla pubblica amministrazione di appartenenza. Siffatta interpretazione restrittiva era stata fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità⁽²⁰³⁾.

A seguito della riforma intervenuta sulle funzioni della Corte dei conti, avvenuta con la legge n. 20 del 1994, si è inteso estendere detta forma di responsabilità anche ai danni inferti alle amministrazioni diverse da quella in cui è incardinato il funzionario, gettando le basi per

⁽²⁰⁰⁾ Cass., Sez. un., 14 dicembre 1985 n. 6328, cit.; Cass., Sez. un., 18 ottobre 1991 n. 11037, in *Giust. civ.* 1992, I, 1847 che ha negato la giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori dell'ente ferrovie dello Stato per erogazioni in favore degli amministratori medesimi. Vedasi nota seguente.

⁽²⁰¹⁾ Cass., Sez. un., 22 ottobre 1992 n. 11560, in *Foro it.* 1994, I, 872, con cui è stata negata la giurisdizione contabile sui danni derivati all'ente ferrovie dello Stato dall'uso per spese di rappresentanza di carte di credito aziendali da parte del presidente e di alcuni dirigenti, vista la natura di ente pubblico economico del soggetto danneggiato.

⁽²⁰²⁾ Sul punto si rinvia alla nota n. 3.

⁽²⁰³⁾ Cass. Sez. un. 2 marzo 1982 n. 1282, cit. La giurisprudenza formatasi nel suo solco è rimasta sostanzialmente immutata fino all'ordinanza Cass. 22 dicembre 2003 n. 19667, cit., tant'è che MANFREDI SELVAGGI, *Anche l'attività imprenditoriale sotto il «controllo» contabile*, in *Guida enti locali* 2004, 11, 95 la definisce «granitica».

interpretazioni estensive in materia. La tendenza estensiva si è via via consolidata nella giurisprudenza sia della Corte di cassazione che della Corte dei conti, allargando l'ambito di responsabilità originariamente esclusivo dei pubblici dipendenti agli amministratori ed ai dirigenti degli enti pubblici economici e delle società pubbliche, anche aperte a capitale privato, nell'esercizio della normale attività di impresa. In questo modo è stata di fatto spazzata via la differenza formale tra apparato pubblico di tipo tradizionale e società di diritto privato, tra attività di diritto amministrativo e attività di diritto comune. In altre parole, l'evoluzione giurisprudenziale estensiva è stata basata sull'impostazione «sostanzialistica», che dal 2003 al 2009 ha prevalso su quella «formalistica», ancorata a sua volta alla natura formalmente privata delle società a partecipazione pubblica.

Nell'attesa che il giudice delle giurisdizioni esprimesse un orientamento consolidato, la Corte dei conti fin dai primi anni 2000 aveva rivendicato la propria giurisdizione in tema di responsabilità amministrativa di dipendenti ed amministratori di società a partecipazione pubblica, traendo a giudizio amministratori di società pubbliche non solo nei casi di partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria, ma addirittura minoritaria di controllo⁽²⁰⁴⁾. Un tanto ricorrendo a svariate argomentazioni: basandosi sulla nozione di «organismo di diritto pubblico» come punto di partenza per la valutazione della natura pubblica di un soggetto mediante l'applicazione

⁽²⁰⁴⁾ Sul punto, si rinvia a C. conti, sez. giur. Lombardia, 9 febbraio 2005 n. 32, in *Riv. Corte conti* 2006, 139, con nota di LOMBARDO, *In tema di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla responsabilità di amministratori di società per azioni partecipate dallo Stato*.

di criteri funzionali e sostanziali⁽²⁰⁵⁾; basandosi sulla legge in materia di danno all'immagine della P.A., per desumere da essa la giurisdizione contabile in caso di danno da condotta penalmente rilevante ascrivibile a soggetti operanti presso enti o società a prevalente capitale pubblico⁽²⁰⁶⁾; ma anche estendendo il concetto di «rapporto di servizio», fino a superarlo in favore del «rapporto funzionale»⁽²⁰⁷⁾. La linea espressa dai collegi giudicanti ha trovato concorde il Procuratore generale della Corte dei conti, il quale con nota interpretativa del 2 agosto 2007⁽²⁰⁸⁾ in materia di denunce di danno erariale, aveva specificato quali sono, nell'ambito delle società, i soggetti tenuti agli obblighi di denuncia dei fatti dannosi per il pubblico erario partendo dal presupposto che deve ritenersi pacifica «la sussistenza del potere di cognizione del giudice contabile sulla responsabilità di amministratori o dipendenti per danni causati ad enti pubblici economici e a società a partecipazione pubblica».

Come già accennato in precedenza, fino al 2003 la giurisprudenza di legittimità aveva sempre tenuto distinte l'attività gestionale posta in essere da amministratori e dipendenti di enti pubblici economici, da un lato, e l'esercizio di funzioni pubbliche, dall'altro. Se nella prima fattispecie, in ordine ai profili di responsabilità, veniva affermata la giurisdizione ordinaria, nella seconda si sosteneva quella della Corte dei conti. In particolare, la Cassazione aveva ritenuto sussistere il rapporto di

⁽²⁰⁵⁾ C. conti, sez. giur. Lombardia, 17 febbraio 2000 n. 296, in *Foro amm. TAR* 2002, 432, con nota di GOISIS, *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*.

⁽²⁰⁶⁾ C. conti, sez. giur. Marche, 4 luglio 2001 n. 28, in *Foro amm. TAR* 2002, 432.

⁽²⁰⁷⁾ C. conti, sez. giur. Molise, 7 ottobre 2002 n. 234, in *Foro amm. CdS* 2003, 329, con nota di SANTORO, *Il danno oggettivamente pubblico ed il rapporto di servizio nella responsabilità amministrativa*.

⁽²⁰⁸⁾ Nota n. PG 9434/2007P, in www.istruzione.it.

servizio, posto alla base della responsabilità amministrativa, solo nella seconda delle prospettate ipotesi. Viceversa, nel caso di attività gestionale, dunque di diritto privato, detto rapporto non veniva ravvisato; ne conseguiva l'affermazione della giurisdizione ordinaria. A partire, invece, dall'ordinanza delle Sezioni unite n. 19667 del 22 dicembre 2003, l'intera attività di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici, e per estensione anche delle società per azioni a prevalente capitale pubblico, venne fatta ricadere sotto la giurisdizione del giudice contabile, avviando di fatto una tendenza fortemente espansiva⁽²⁰⁹⁾. Il nuovo orientamento del Supremo collegio venne confermato dalla sentenza a Sezioni unite n. 3899 del 26 febbraio 2004, riguardante la responsabilità di amministratori di società a prevalente partecipazione pubblica, che pur confermando l'ampliamento della giurisdizione contabile avviato nel dicembre precedente, ricorreva ad una ricostruzione argomentativa differente. L'impostazione espansiva è coerente col

⁽²⁰⁹⁾ L'importante ordinanza riguardava la responsabilità amministrativa degli amministratori di un consorzio industriale. Cfr. Cass., Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, in *Foro it.* 2005, I, 2676. La portata di tale pronuncia è fondamentale, tant'è che è stata da più parti commentata. Si vedano D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale «revirement» della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro it.* 2005, I, 2675; VISCA, *La giurisdizione della Corte dei conti sull'attività privata di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in *Giust. civ.* 2004, I, 2037; ASTEGIANO, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giur. it.* 2004, 1830; URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. CDS* 2004, 685; BRIGUORI, *Verso una giurisdizione esclusiva per «blocchi» del giudice contabile*, in *Dir. e giust.* 2004, 5, 50; MANFREDI SELVAGGI, *Anche l'attività imprenditoriale sotto il «controllo» contabile*, cit. La tendenza estensiva si è consolidata nella giurisprudenza di legittimità, tant'è che sulle medesime posizioni si attestano anche pronunciamenti recenti, come le ordinanze Cass. 3 luglio 2009 n. 15599, in *Foro it.* 2010, I, 1534 e Cass. 4 dicembre 2009 n. 25499, in *Banca dati Dejure*.

contesto generale di allargamento del perimetro della responsabilità amministrativa, esteso legislativamente sin dal 1994 al c.d. «danno obliquo»⁽²¹⁰⁾.

2.1.1. L'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione n. 19667 del 2003 – L'ordinanza n. 19667 del 2003 rappresenta un importante spartiacque nella giurisprudenza, poiché con essa la Suprema corte per la prima volta prende atto della significativa evoluzione che ha investito il concetto stesso di amministrazione pubblica e di funzione pubblica e che ha portato all'utilizzazione sempre maggiore di strumenti e forme privatistici da parte della P.A., ma pur sempre mediante l'impiego di risorse pubbliche. Secondo il Supremo collegio, dunque, sono attribuiti alla Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa, per fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 1 ultimo comma della legge n. 20 del 1994, anche nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici. La P.A., infatti, svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato. Così come, con il d. lg. 31 marzo 1998 n. 80 e la l. 21 luglio 2000 n. 205, la giurisdizione amministrativa esclusiva è stata attribuita per blocchi di materie, allo stesso modo avrebbe inteso operare il legislatore, relativamente alla giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici, al fine di dare concreta e puntuale applicazione al secondo comma dell'art. 103 Cost.

⁽²¹⁰⁾ Ai sensi dell'art. 1, ultimo comma, l. 14 gennaio 1994 n. 20. Per «danno obliquo», come visto al capitolo I, si intende il danno cagionato ad una pubblica amministrazione diversa da quella cui appartiene il soggetto agente.

Nel caso oggetto dell'ordinanza in questione, il soggetto danneggiato era un consorzio dotato di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale, costituito da alcuni comuni per la gestione di un acquedotto. Il danno era rappresentato dal mancato rientro di una somma di denaro investita all'estero dal consorzio stesso.

Il Procuratore regionale della Corte dei conti, qualificato come «scriteriato ed irresponsabile» l'investimento finanziario in questione, sosteneva la necessità dell'affermazione della giurisdizione contabile per i seguenti motivi. Innanzitutto, bisogna premettere che il provvedimento amministrativo è solamente uno dei possibili atti, non l'unico, che le pubbliche amministrazioni possono adottare per il perseguimento dei propri fini: la P.A. si avvale, infatti, sempre più spesso di modelli procedimentali privatistici. È perciò necessario accogliere una nozione oggettiva di attività amministrativa e ritenere che essa si qualifichi come tale in quanto consista nello svolgimento di una pubblica funzione o di un pubblico servizio, indipendentemente dalla riconducibilità dell'atto emesso all'ambito del diritto privato o del diritto pubblico. Di parere concorde è il Consiglio di Stato⁽²¹¹⁾, secondo cui si configura l'attività amministrativa anche qualora l'amministrazione persegua le proprie finalità istituzionali mediante un'attività sottoposta in tutto od in parte alla disciplina prevista per i rapporti tra soggetti privati, come affermato anche dal legislatore comunitario, nella fondamentale definizione di «organismo di diritto pubblico»⁽²¹²⁾. Inoltre, le esigenze del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, come individuate

⁽²¹¹⁾ Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 1999 n. 4, in *Giust. civ.* 2000, I, 591, con nota di COMPIERCHIO, *Accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi: una decisione non convincente*.

⁽²¹²⁾ Definizione fornita dall'art. 1, lett. b), dir. 92/50/CEE.

dall'art. 97 Cost., riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato. È necessario quindi prescindere dalla forma giuridica adottata e tenere conto, invece, del duplice dato sostanziale del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, nonché dell'influenza dominante, diretta od indiretta, da parte delle pubbliche autorità. Infine, a favore di un'interpretazione estensiva della nozione di amministrazione pubblica depone altresì la legge 27 marzo 2001 n. 97, che ha stabilito, all'art. 7, che la sentenza penale di condanna nei confronti dei dipendenti di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica debba essere comunicata al competente Procuratore regionale della Corte dei conti perché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato.

La Cassazione ha accolto *in toto* la tesi della Procura presso la Corte dei conti, sottolineando l'evoluzione avvenuta nella nozione di «pubblica amministrazione» e ripercorrendo le tappe della «privatizzazione» dell'azione amministrativa. Essendo crescente l'impiego di modelli procedurali ed organizzativi tipici del diritto privato al fine di assicurare maggiore efficienza all'azione amministrativa, non può essere accolta la nozione meramente formale di P.A.: va preferita al contrario l'interpretazione sostanziale, secondo la quale è determinante l'«elemento funzionale del soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale».

Concludendo, la discriminante tra giurisdizioni va ravvisata unicamente nella qualità del soggetto passivo e, pertanto, nella natura pubblica o privata delle risorse finanziarie di cui esso si avvale, avendo il

legislatore del 1994 inteso più incisivamente tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici, diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente, e così l'interesse pubblico in generale, mediante l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte dei conti.

2.1.2. La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 3899 del 2004 – La sentenza n. 3899 del 2004 si occupa per la prima volta esplicitamente di amministratori di società a prevalente capitale pubblico⁽²¹³⁾ e, pur addivenendo all'identico risultato di espandere la giurisdizione contabile, ha seguito un *iter* argomentativo differente rispetto all'ordinanza n. 19667 del 2003. Nel caso di specie, infatti, la giurisdizione contabile è stata ricollegata al tradizionale concetto del «rapporto di servizio», inteso non come rapporto organico, ma piuttosto come rapporto funzionale, interpretato estensivamente: il rapporto di servizio corrente tra ente pubblico e società è stato automaticamente ed implicitamente traslato in capo agli amministratori di quest'ultima, con le motivazioni che di seguito si espongono.

L'affidamento della gestione di un servizio ad una società per azioni, da parte di un ente pubblico, comporta l'inserimento del soggetto privato nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico, con conseguente soggezione alla responsabilità giuscontabile. In pratica, anche escludendo che la società agisse come *longa manus* dell'ente

⁽²¹³⁾ Il caso concreto riguardava la SO.GE.MI., società per l'impianto e l'esercizio dei mercati annonari all'ingrosso di Milano, S.p.a. con capitale detenuto in misura pressoché totalitaria dal Comune di Milano. La predetta società aveva corrisposto ad una controparte privata rilevanti somme di denaro a fronte di lavori mai eseguiti. Il contratto dannoso era frutto di un accordo illecito, con pagamento di tangenti, tra i titolari della società privata, contraente inadempiente e gli amministratori della società partecipata.

pubblico socio e quindi in una situazione di compenetrazione organica, non poteva certamente negarsi tra la medesima società e l'ente territoriale si fosse stabilito un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta si instaura una relazione non necessariamente organica ma funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo. La configurazione del rapporto di servizio implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità per danno erariale, non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto di servizio stesso⁽²¹⁴⁾. Ritenuto, infine, che la questione della differenziazione tra danno diretto ed indiretto attenesse al merito e non alla giurisdizione, la Suprema corte non si è pronunciata sullo specifico punto.

2.1.3. Brevi considerazioni sui criteri di collegamento utilizzati –

Ricapitolando, il percorso ricostruttivo formulato nelle pronunce del 2003 e del 2004 per estendere la giurisdizione contabile ha seguito due diversi criteri: originariamente si è basato sulla pubblicità delle risorse utilizzate, mentre in un secondo momento ha recuperato ed ampliato la nozione di «rapporto di servizio».

In merito, si segnala che negli anni la giurisprudenza è stata fortemente caratterizzata dalla tendenza ad estendere tale ultima nozione anche all'infuori del rapporto di impiego vero e proprio. Infatti, è stata comunque ravvisata la sussistenza del rapporto di servizio anche qualora il soggetto agente partecipi all'attività dell'ente pubblico come se fosse

⁽²¹⁴⁾ *Ex plurimis*, si veda l'ordinanza Cass. 22 gennaio 2002, n. 715, in *Riv. Corte conti* 2002, 2, 277.

inserito nella sua struttura, pur rimanendone al di fuori. Sono state elaborate pure delle figure sintomatiche dell'esistenza del rapporto di servizio, che superano la mera qualificazione formale del rapporto tra soggetto agente e P.A., portando finanche a ritenere assoggettati a giurisdizione contabile i liberi professionisti incaricati della progettazione e della direzione dei lavori relativi ad opere pubbliche⁽²¹⁵⁾, sicché si può affermare pacificamente che il rapporto di servizio «ricorre quando un soggetto, anche persona giuridica, pubblica o privata, venga investito sia autoritativamente che in via convenzionale dello svolgimento in modo continuativo di un'attività retta da regole proprie, cioè regole intese a disciplinare l'attività degli apparati amministrativi»⁽²¹⁶⁾. La casistica concreta è piuttosto varia. La Suprema corte ha ritenuto sussistere il rapporto di servizio, e conseguentemente la giurisdizione contabile, nei confronti dei componenti dell'ufficio elettorale di sezione⁽²¹⁷⁾, dei revisori dei conti⁽²¹⁸⁾, dei medici di base chiamati all'accertamento del diritto dei propri assistiti a prestazioni sanitarie⁽²¹⁹⁾, di organizzatori di corsi di formazione professionale⁽²²⁰⁾, di dipendenti assunti con certificato di laurea falso⁽²²¹⁾, di direttori dei lavori e collaudatori di opere pubbliche⁽²²²⁾.

⁽²¹⁵⁾ Vedasi nota n. 222.

⁽²¹⁶⁾ Cfr. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, cit., 193.

⁽²¹⁷⁾ Cass. 28 ottobre 1995 n. 11314, in *Banca dati Dejure*.

⁽²¹⁸⁾ Cass. 7 luglio 1994 n. 6379, in *Riv. Corte conti* 1994, 4, 194.

⁽²¹⁹⁾ Cass. 13 novembre 1996 n. 9957, in *Riv. Corte conti* 1996, 6, 251.

⁽²²⁰⁾ Cass., Sez. un., 28 ottobre 1995 n. 11309, in *Banca dati Dejure*, Cass., Sez. un., 5 marzo 1993 n. 2668, in *Cons. Stato* 1993, 1448.

⁽²²¹⁾ Cass., Sez. un., 20 ottobre 1995 n. 10931, in *Banca dati Dejure*.

⁽²²²⁾ Cass. 27 febbraio 1996 n. 1528, in *Banca dati Dejure*, Cass., Sez. un., 11 aprile 1994 n. 3358, in *Giust. civ.* 1995, I, 795 con nota di CORSETTI, *In tema di danno causato da liberi professionisti: brevi cenni su giudicato esterno e rapporto di*

In materia di società partecipate, è stato particolarmente arduo individuare il criterio di collegamento per attrarre nella giurisdizione contabile anche i danni cagionati all'ente pubblico azionista da parte di dipendenti, amministratori e organi di controllo delle società. È stato sostenuto, infatti, che il rapporto di servizio corresse tra ente pubblico e società partecipata, e non già con gli amministratori di questa⁽²²³⁾. Solo una forzatura logico-giuridica consentirebbe di applicare la giurisdizione amministrativa anche ai dipendenti o ai mandatarî della società partecipata, che in quanto società commerciale è dotata di autonoma personalità giuridica⁽²²⁴⁾. La giurisprudenza per raggiungere lo scopo è stata quindi costretta ad adottare argomentazioni di volta in volta differenti, di modo da legittimare l'allargamento della giurisdizione contabile, ritenendo talvolta il rapporto di servizio corrente direttamente con l'amministratore della società partecipata⁽²²⁵⁾, in altro caso considerando il ruolo del soggetto agente alla stregua di un vero e

servizio con la P.A.; Cass., Sez. un., 5 aprile 1993 n. 4060, in *Riv. Corte conti* 1993, 2, 206.

⁽²²³⁾ L'argomentazione è attuale, tant'è che è contenuta anche nella recentissima ordinanza Cass., Sez. un., 12 ottobre 2011 n. 20941, in *Foro it.* 2012, I, 831, con *Nota* di D'AURIA, riguardante la società *in house* Insiel S.p.a.

⁽²²⁴⁾ Per approfondire le riflessioni critiche sul punto, si vedano SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme) - Atti del LI convegno di scienze dell'amministrazione*, Milano, 2006, 1 ss., SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società per azioni a partecipazione pubblica e l'art. 16-bis del decreto c.d. mille proroghe*, in www.federalismi.it, LONGAVITA, *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle S.p.a.*, in www.amcorteconti.it, REBECCHI, *Sviamento nell'utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. Corte conti* 2006, 2, 238.

⁽²²⁵⁾ Cass., Sez. un., 20 ottobre 2006 n. 22513, in *Foro amm.* CdS 2007, 73.

proprio inserimento funzionale nell'organizzazione pubblica⁽²²⁶⁾. È stata anche impiegata la teoria sul funzionario di fatto, per sostenere *a fortiori* l'inserimento nell'organizzazione pubblica⁽²²⁷⁾, finanche riconoscendo il rapporto di servizio tra ente e società, ma estendendolo implicitamente anche agli organi societari⁽²²⁸⁾. Tale implicita espansione ha portato a ritenere sussistente il rapporto di servizio tra amministratori e dipendenti della società partecipata e l'ente pubblico socio attraverso il rapporto di immedesimazione organica sussistente tra essi e la società partecipata, che consente di traslare in capo alle persone fisiche il rapporto di servizio instaurato tra ente e società. La presenza nella compagine sociale del socio pubblico, unita al carattere strumentale ai fini istituzionali della partecipazione e alla natura pubblica delle risorse impegnate, rende necessaria per gli organi sociali una cura specifica a che siano evitati comportamenti tali da compromettere la ragione della partecipazione dell'ente pubblico o che possano cagionarne pregiudizio al patrimonio.

I dubbi su detta estensione sottintesa hanno fatto propendere per il superamento del criterio di collegamento del rapporto di servizio, come avvenuto ad opera di un pronuncia recente che ha agganciato la responsabilità giuscontabile alla natura del danno arrecato, invece che al rapporto corrente tra agente ed amministrazione⁽²²⁹⁾, valorizzando l'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale pubblico per

⁽²²⁶⁾ Cass., Sez. un., 9 settembre 2008 n. 22652, in *Riv. Corte conti* 2008, 5, 180.

⁽²²⁷⁾ Cass., Sez. un., 12 marzo 2004 n. 5163, in *Foro it.* 2004, I, 3050.

⁽²²⁸⁾ Cass., Sez. un., 26 febbraio 2004 n. 3899, cit.

⁽²²⁹⁾ Cass., Sez. un., 23 settembre 2009 n. 20434, in *Foro it.* 2010, I, 1522, che ha ritenuto la sussistenza della responsabilità amministrativa del presidente di un'Opera pia privata, ma gestita con fondi in larga parte pubblici regionali e comunitari.

la realizzazione di un compito pubblico, ma ponendo l'accento più che altro sull'utilizzo di risorse pubbliche. Accogliendo tale ricostruzione, a nulla varrebbe appellarsi all'autonoma personalità della società per invocare l'esonero dalla responsabilità amministrativa.

Secondo quest'ultimo orientamento, invece di prendere in considerazione l'aspetto soggettivo, vale a dire le caratteristiche del soggetto che ha tenuto la condotta causativa del danno all'amministrazione sotto l'angolo visuale del suo rapporto con il soggetto danneggiato, bisogna considerare l'aspetto oggettivo, cioè l'esercizio di una funzione oggettivamente pubblica, legata al fatto che gestendo direttamente denaro pubblico il soggetto anche estraneo all'amministrazione di fatto esercita, appunto, una funzione pubblica⁽²³⁰⁾. Praticamente, si è sostenuto che essendo venuta in larga parte meno, con le riforme degli anni '90, la connotazione pubblicistica dell'ordinamento della P.A., per affermare la giurisdizione contabile si deve avere riguardo non tanto alla natura pubblica del convenuto in giudizio, quanto alla qualificazione oggettivamente pubblica delle risorse finanziarie impiegate. Le interpretazioni si sono fatte a tal punto estensive da far ritenere legittima la chiamata in giudizio dinanzi alla magistratura contabile sia della persona giuridica incaricata della progettazione e direzione dei lavori, sia della persona fisica che

⁽²³⁰⁾ Si tratta della già citata Cass., Sez. un., 9 ottobre 2001 n. 12367. Si vedano, inoltre, Corte dei conti, sez. Molise, 7 ottobre 2002 n. 234, in *Foro amm. CdS* 2003, 329, con nota di SANTORO, *Il danno oggettivamente pubblico ed il rapporto di servizio nella responsabilità amministrativa*; e 7 novembre 2002 n. 263, in *Riv. corte conti* 2002, 6, 236. L'orientamento dei giudici di prime cure è stato confermato in appello. Cfr. Corte dei conti, sez. III, 3 luglio 2003 n. 294, in *Riv. Corte conti* 2003, 4, 82 e sez. III, 18 novembre 2003 n. 512 (e 513), in *Riv. Corte conti* 2003, 6, 75.

materialmente ha posto in essere la condotta lesiva⁽²³¹⁾. La chiamata congiunta in giudizio, naturalmente con indicazione della rispettiva misura di responsabilità, è chiaramente volta ad estendere la tutela risarcitoria a favore della pubblica amministrazione. Un significativo spostamento dell'attenzione sul profilo oggettivo, a scapito di quello soggettivo, si registrò già con la sentenza della Cassazione a Sezioni unite del 9 ottobre 2001 n. 12367. Nel caso di specie, pur ribadendo la natura privata della società partecipata, la Suprema corte ritenne che il regime privatistico della società non la escludesse a priori dalla possibilità di venire considerata agente contabile, e con ciò assoggettata al giudizio di conto. Al fine dell'instaurarsi di questo, difatti, non fu ritenuta determinante la natura privata o pubblica del soggetto che ha il maneggio del denaro, bensì la natura pubblica del denaro stesso. Vero è che questa prima apertura alla giurisdizione della Corte dei conti ha riguardato esclusivamente il giudizio di conto, e non la responsabilità amministrativa, ma è altrettanto vero che tale primo cenno di apertura ha lasciato presagire un cambio di direzione anche relativamente al tema della responsabilità amministrativa⁽²³²⁾. Cambio di direzione poi puntualmente avvenuto.

Valutando anche l'evoluzione del quadro normativo in materia di giurisdizione contabile, va sottolineato che la tendenza espansiva si fonda anche sulla novella legislativa del 1994⁽²³³⁾, che ha esteso l'ambito

⁽²³¹⁾ Cfr. Corte dei conti, sez. Umbria, 19 ottobre 2002 n. 498, in *Guida enti locali* 2002, 49, 64, con nota di MANFREDI SELVAGGI, *Il danno all'immagine del Comune non dipende da quello patrimoniale*.

⁽²³²⁾ In questi termini MANFREDI SELVAGGI, *Anche l'attività imprenditoriale sotto il «controllo» contabile*, cit., 98.

⁽²³³⁾ L. 14 gennaio 1994 n. 20 come modificata dalla l. 20 dicembre 1996 n. 639.

della responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici anche nel caso di danno cagionato ad un'amministrazione diversa da quella con la quale è radicato il rapporto di impiego. Proprio siffatta modifica legislativa ha fornito alla Cassazione la base per il *revirement* giurisprudenziale del 2003. La Suprema corte ha condiviso gli sviluppi maturati nella giurisprudenza della Corte dei conti, che aveva progressivamente esteso la propria giurisdizione alle società di capitali a partecipazione pubblica, finanche a quelle a partecipazione minoritaria o indiretta, superando il ragionamento tradizionale fondato sul rapporto di servizio, in favore di una più moderna interpretazione che si basa sulla sostanza dell'ente pubblico al di là della mera veste formale⁽²³⁴⁾.

In altre parole, la giurisprudenza ha dato preminenza nell'estendere la giurisdizione contabile, alla natura delle funzioni espletate, agli scopi perseguiti e alle risorse all'uopo impegnate, svalutando «il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso»⁽²³⁵⁾. La tesi, però, potrebbe condurre a conclusioni abnormi. In presenza del socio pubblico, infatti, il danno ricadrebbe sulla P.A. comunque, quale che sia la percentuale di partecipazione al capitale sociale. L'adozione in forma radicale del principio di diritto sotteso all'interpretazione estensiva farebbe sì che anche una partecipazione pubblica minima si potrebbe ritenere sufficiente a giustificare l'azione della Procura contabile⁽²³⁶⁾.

⁽²³⁴⁾ Così TENORE, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle S.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro amm. CDS* 2010, 92.

⁽²³⁵⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, cit., e 26 febbraio 2004, n. 3899, cit.

⁽²³⁶⁾ Cass., Sez. un., 1 marzo 2006 n. 4511, in *Riv. Corte conti* 2006, 2, 237 (s.m.), con nota di REBECCHI, *Sviamento nell'utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabile*, cit., commentata anche da OLESSINA, *Come cambia la giurisdizione contabile – La competenza cresce a*

2.1.4. La giurisdizione ordinaria esclusiva per le società quotate a partecipazione minoritaria – Tale apertura potenziale è stata ridimensionata dall'entrata in vigore dell'art. 16-*bis* del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, inserito dalla legge di conversione 28 febbraio 2008 n. 31, il quale ha previsto la responsabilità civilistica esclusiva in capo agli amministratori ed ai dipendenti di società per azioni quotate in borsa a partecipazione pubblica non maggioritaria, anche se indiretta⁽²³⁷⁾. I presupposti della giurisdizione ordinaria esclusiva sono perciò l'assenza di partecipazione maggioritaria del socio pubblico e la quotazione in borsa: si potrebbe dire quindi che il legislatore abbia inteso riconoscere che le società a partecipazione pubblica minoritaria aperte al pubblico degli investitori, con controllo contendibile, sono soggette alle leggi di mercato anche per quanto attiene alla responsabilità. Si tratta, in altre parole, di soggetti «di pieno diritto privato»⁽²³⁸⁾. Il legislatore sembra privilegiare il carattere della contendibilità del controllo, invece della natura pubblica del socio, superando la dicotomia tra privatizzazione formale e sostanziale: possono definirsi società privatizzate a tutti gli effetti, con ciò assoggettate alle regole economiche e giuridiche del mercato, soltanto le società che presentano i presupposti affinché altri soggetti privati possano entrare nella compagine sociale ed

macchia d'olio – Conta la natura degli obiettivi, non la qualità dei soggetti, in *Dir. e giust.* 2006, 15, 88.

⁽²³⁷⁾ Tratta delle problematiche connesse alla norma in parola SANDULLI, *L'art. 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle S.p.a. pubbliche*, in www.federalismi.it.

⁽²³⁸⁾ SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 54, il quale sottolinea la coerenza della disposizione di che trattasi col sistema codicistico, che attribuisce all'azionista pubblico il medesimo *status* di quello privato, a maggior ragione dopo la riforma dell'art. 2449 c.c.

eventualmente ottenere il controllo della società. Proprio il connotato della contendibilità farebbe propendere per l'estensione della sfera di efficacia della norma anche alle società non quotate, purché a partecipazione pubblica minoritaria e con titoli diffusi tra il pubblico in misura rilevante⁽²³⁹⁾. Detta norma in materia di giurisdizione è stata criticata da parte dei fautori delle posizioni «sostanzialistiche»: se è vero che la Corte dei conti deve sanzionare il danno alle finanze pubbliche, la lesione allo Stato o all'ente pubblico prescinde dall'entità della partecipazione posseduta nella società, così come è indifferente al fatto che la società partecipata sia quotata oppure no. La distinzione pare «incomprensibile» e di dubbia costituzionalità, per «evidente irragionevolezza»⁽²⁴⁰⁾. Ma l'art. 16-*bis* ha suscitato parecchi dubbi interpretativi anche tra coloro che propendono per l'orientamento «formalistico», non tanto per quello che dice espressamente, quanto piuttosto per ciò che non dice, vale a dire per quanto riguarda le ipotesi non previste. I fautori dell'impostazione restrittiva, infatti, hanno osservato che dalla norma esaminata potrebbe dedursi, *a contrario*, la regola generale secondo cui tutte le altre società a partecipazione pubblica sarebbero soggette alla giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità. A favore di detta lettura si espone addirittura la Cassazione, la quale *obiter dictum* afferma che «in ordine alla responsabilità di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, vi sia una naturale area di competenza giurisdizionale diversa

⁽²³⁹⁾ Il ragionamento è sviluppato da SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 55.

⁽²⁴⁰⁾ TENORE, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle S.p.a. a partecipazione pubblica*, cit., 97. La norma è ritenuta irragionevole anche dagli Autori aderenti all'impostazione privatistica, come si vedrà *sub* nota 241.

da quella ordinaria»⁽²⁴¹⁾. Tuttavia, la dottrina ha ritenuto di non attribuire significati impliciti alla disposizione in esame, oltre quanto si desume dal tenore letterale della norma⁽²⁴²⁾, tanto più che la lettura *a contrario* sopra proposta confliggerebbe in maniera evidentissima con i precetti comunitari, che in passato hanno già portato all'abrogazione dell'art. 2450 ed alla riscrittura dell'art. 2449 cod. civ., in quanto significativamente derogatori della disciplina ordinaria delle società⁽²⁴³⁾.

In realtà, la norma aveva fin dall'origine una sua applicazione ben precisa. Essa era destinata a quattro società pubbliche quotate, Enel, Eni, Finmeccanica e Terna, per cui c'è chi sostiene che, in luogo della portata generale, vada valorizzata l'applicabilità specifica dell'art. 16-bis⁽²⁴⁴⁾. La tanto criticata disposizione, dunque, sarebbe stata introdotta

⁽²⁴¹⁾ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2009 n. 26806, in *Riv. Corte conti* 2009, 6, 218, punto 3.5 dei motivi della decisione.

⁽²⁴²⁾ Per tutti, si vedano IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, 20, D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, in *Foro it.* 2010, I, 1498 e SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 56. Riferendosi proprio all'art. 16-bis, MAURO, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. "pubblica"*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 317 sostiene che «non è detto che [l'intervento legislativo] risolva più incertezze di quante ne crei». Peraltro, sotto il profilo della ragionevolezza, il criterio di ripartizione della giurisdizione introdotto ex art. 16-bis è stato fortemente criticato, in quanto parrebbe accomunare sotto la giurisdizione amministrativa i casi di società con una sola azione in mano pubblica, se non quotata, e i casi di partecipazione maggioritaria o totalitaria, se quotata. In questi termini STICCHI DAMIANI, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 368 e MAURO, *op. cit.*, 321.

⁽²⁴³⁾ Favorevole ad una valutazione sulla giurisdizione da farsi caso per caso, all'esito della verifica sullo stato di privatizzazione sostanziale, è SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 58, nel caso di società non quotate a partecipazione pubblica minoritaria. L'opinione, per quanto condivisibile, è stata superata dalla Cassazione con il filone di sentenze restrittive di cui al paragrafo seguente.

⁽²⁴⁴⁾ Così STICCHI DAMIANI, *loc. cit.*

esclusivamente al fine di sottrarre gli amministratori delle citate società alla responsabilità amministrativa, con l'«effetto collaterale» di generare perplessità tra gli operatori: la confusione interpretativa ne è stata acuita, anziché dissolversi.

In definitiva, secondo la Suprema corte l'evoluzione del contesto giuridico e l'*iter* di «privatizzazione» della P.A. degli anni '90 hanno reso sempre più incerto il confine tra enti pubblici economici e non economici. Parallelamente, è risultato via via più difficoltoso distinguere tra funzione amministrativa espletata attraverso poteri autoritativi ed attività amministrativa esercitata mediante gli ordinari strumenti del diritto civile. Praticamente, per i fatti accaduti dopo la riforma del 1994 viene affermata con decisione la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa anche nei confronti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici e delle società di capitali a prevalente partecipazione pubblica. Coerente con questa mutata sensibilità, in ordine alla responsabilità per danni arrecati all'erario, è l'introduzione ad opera dell'art. 7 l. 27 marzo 2001 n. 97 dell'obbligo di comunicazione della sentenza di condanna di dipendenti di amministrazioni o enti pubblici, ovvero di società a prevalente partecipazione pubblica al Procuratore regionale della Corte dei conti competente territorialmente, al fine di promuovere l'eventuale giudizio per responsabilità amministrativa del condannato.

2.1.5. Criticità relative all'orientamento estensivo – Seppure in tempi meno recenti, anche la Corte costituzionale si è attestata su posizioni tese alla migliore tutela del pubblico erario⁽²⁴⁵⁾, affermando la

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. C. Cost. 28 dicembre 1993 n. 466, cit.

competenza della Corte dei conti in materia di controllo sulla gestione dell'Iri e degli altri enti privatizzati finché sarà mantenuta la partecipazione esclusiva, o quanto meno maggioritaria dello Stato nel capitale azionario di tali società. Il giudice delle leggi, infatti, ha affermato che le esigenze di controllo non possono venire meno per il solo fatto del mutamento della veste giuridica degli enti pubblici, ponendosi come antesignano dell'orientamento sostanzialistico recepito dalla Cassazione nel 2003.

Detto orientamento si è consolidato nel tempo, portando alla contestazione del danno erariale, *sub specie* di danno diretto, nel caso di danno arrecato da una società partecipata al pubblico erario, quando il rapporto tra ente pubblico committente e società partecipata si basa sull'affidamento alla seconda di finalità istituzionali del primo, sebbene per mezzo di strumenti di diritto privato⁽²⁴⁶⁾.

La dottrina, tuttavia, ha espresso opinioni particolarmente critiche in relazione all'impostazione estensiva. Non si può non notare come essa fosse dettata dalla volontà, in sé sicuramente apprezzabile, di evitare l'elusione dei vincoli e delle responsabilità pubblicistiche per mezzo di privatizzazioni solo formali ovvero di esternalizzazioni di attività amministrative. Nondimeno, siffatta impostazione avrebbe presentato macroscopiche implicazioni negative. La giurisprudenza, affermando che un soggetto «in qualche modo» pubblico svolge attività amministrativa anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato, di fatto esponeva gli amministratori di società a partecipazione pubblica ad

⁽²⁴⁶⁾ Sul punto si vedano Cass. 1 aprile 2008, n. 8409, in *Riv. corte conti* 2008, 2, 322 e Cass., Sez. un., 4 dicembre 2009, n. 25495, in *Foro amm. CdS* 2009, 12, 2825 (s.m.).

un duplice rischio. Da un lato, infatti, veniva confermata la responsabilità per danno erariale, mentre dall'altro lato non veniva escluso il rimedio naturale previsto dal diritto societario, vale a dire l'azione di responsabilità deliberata dall'assemblea degli azionisti⁽²⁴⁷⁾. Nel caso di danno arrecato direttamente al socio, infatti, è stata evidenziata, dal punto di vista del *quantum*, la completa sovrapposibilità tra il danno erariale ed il danno risarcibile ordinariamente⁽²⁴⁸⁾. In altre parole, in presenza dei presupposti tipici di ciascuna azione il rischio di duplicazione della responsabilità era concreto⁽²⁴⁹⁾.

Non si dimentichi, inoltre, che l'amministratore di società deve perseguire unicamente l'interesse sociale, a nulla rilevando l'interesse specifico di uno dei soci. L'amministratore, chiamato a scegliere tra l'interesse di un socio, pubblico, e l'interesse sociale, sarebbe stato esposto al seguente dilemma: perseguire l'interesse pubblico sacrificando quello sociale, esponendosi alla probabile azione civilistica

⁽²⁴⁷⁾ Tale rischio è evidenziato, tra gli altri, da CLARICH, *op. cit.*, 6 ss. Per contro, TENORE, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle S.p.a. a partecipazione pubblica*, cit., 98, ipotizza la «pacifica convivenza» tra azione giuscontabile ed azione civile, vista la diversa finalità degli strumenti di tutela. Non mancano, tuttavia, Autori che propendono per una tendenziale esclusività dell'iniziativa dell'azione contabile. È l'opinione di CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, 374.

⁽²⁴⁸⁾ L'osservazione è di IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica*, cit., 150.

⁽²⁴⁹⁾ Duplicazione «inaccettabile [...] sia nella prospettiva della garanzia dei soggetti coinvolti, sia in quella dell'efficienza societaria». Così CHITI, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, cit., 9. Sul rischio di duplicazione e sulle sue conseguenze, vista l'«assenza di strumenti di coordinamento tra discipline e la carenza d'un sistema di pregiudiziali processuali», si rinvia a ROMAGNOLI, *La società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.* 2006, I, 479.

di responsabilità da parte dell'eventuale socio privato, ovvero perseguire l'interesse sociale in luogo di quello pubblico, esponendosi all'azione di responsabilità erariale, ad iniziativa d'ufficio, in caso di deterioramento della situazione patrimoniale della società? In entrambe le ipotesi emergerebbero profili di responsabilità per l'amministratore, che in ogni caso sarebbe passibile di azione di responsabilità, civile o erariale. Ma il ragionamento può essere spinto fino al paradosso: l'amministratore che, per timore di incappare nell'azione di responsabilità amministrativa, privilegiasse l'interesse pubblico a scapito di quello sociale, optando per una gestione conservativa in luogo di una gestione dinamica, arrecherebbe comunque un danno alla società, e con essa al socio pubblico, esponendosi anche in questo caso all'azione di responsabilità amministrativa. L'amministratore, dunque, si troverebbe praticamente in un vicolo cieco, soggetto all'azione giuscontabile in ogni caso di conflitto tra interesse della società ed interesse del socio pubblico. Non manca, perciò, in dottrina chi ha sottolineato che il patema per l'amministratore di incorrere nel giudizio contabile comporterebbe di per sé un danno per la società, che non sarebbe serenamente amministrata⁽²⁵⁰⁾. Nondimeno, l'invocata serenità di gestione non dovrebbe sfociare nella sostanziale irresponsabilità dei *manager* pubblici dal punto di vista dell'uso non corretto delle risorse pubbliche.

Praticamente, applicare la responsabilità amministrativa ai soggetti operanti nel mercato può disincentivare l'assunzione di rischi che, sebbene ragionevoli nell'ottica del *business*, potrebbero essere considerati eccessivi dal punto di vista della tutela delle risorse pubbliche, a danno di una *governance* efficace. Si ricadrebbe così nel

⁽²⁵⁰⁾ In tal senso STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 370.

medesimo paradosso sopra esplicitato, per cui l'organo amministrativo, per non incappare nella responsabilità pubblicistica, sarebbe indotto all'inerzia, con ciò cagionando ugualmente un danno alla società e, di riflesso, al socio pubblico, con ciò esponendosi ugualmente all'azione giuscontabile⁽²⁵¹⁾. L'approccio sostanzialistico, cioè, benché «giustificato da esigenze di controllo della spesa pubblica e da intenti moralizzatori»⁽²⁵²⁾, vincola irrimediabilmente a parametri non economici l'operato e le scelte degli amministratori. Vengono di fatto introdotti fattori di rigidità e di distorsione tra imprese private e imprese pubbliche, a svantaggio di queste ultime, negativamente influenzate da «costi non quantificabili per la collettività» e da «distruzione di valore»⁽²⁵³⁾.

Altro *punctum dolens* della tendenza estensiva, sottolineato da una parte della dottrina⁽²⁵⁴⁾, riguarda l'irragionevole differenziazione nella tutela del socio pubblico rispetto al socio privato, determinata dall'affermazione della responsabilità amministrativa per *mala gestio* nella giurisprudenza della Corte dei conti⁽²⁵⁵⁾. Innanzitutto va fatta una considerazione di ordine sistematico. Quand'anche si recepisca *in toto* l'orientamento estensivo, attribuendo una qualificazione pubblicistica alla società a partecipazione pubblica, non va dimenticato che la società

⁽²⁵¹⁾ Assonime aveva caldeggiato il ripensamento del sistema di doppia responsabilità, civile ed amministrativa gravante sugli amministratori di società a partecipazione pubblica, proprio per questo motivo: la spada di Damocle del giudice contabile potrebbe indurre a politiche aziendali conservative, tese alla preservazione delle risorse pubbliche, dissuadendo il *management* dall'assunzione di rischi ragionevoli in un'ottica di mercato. Sul tema, si rinvia ai *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, cit.

⁽²⁵²⁾ *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, cit., 7.

⁽²⁵³⁾ *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, loc. cit..

⁽²⁵⁴⁾ L'articolato ragionamento è di IBBA, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, cit., 15.

⁽²⁵⁵⁾ Ci si riferisce qui a C. conti, sez. giur. Lombardia, 4 marzo 2008 n. 135, in *Riv. Corte conti* 2008, 2, 172.

è e rimane un organismo associativo destinato ad operare sul mercato e a correlarsi con altri soggetti, ciascuno portatore di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento. Detti soggetti, coi relativi interessi, ricevono tutela dal codice civile, per cui introducendo o ammettendo una forma di tutela speciale per uno dei soci, inevitabilmente si creano problemi di coordinamento tra tutele ed interessi. Nel caso affrontato nella sentenza della Corte dei conti, sezione giurisdizionale Lombardia, n. 135 del 2008, la questione si era così sviluppata: la cattiva gestione degli amministratori aveva cagionato un danno a due società per azioni, il cui unico socio era una società quotata in borsa, a sua volta partecipata al 30% dal Ministero delle Finanze; la Corte dei conti, nella fattispecie, ha ritenuto di condannare i responsabili a risarcire al Ministro delle finanze il 30% del danno al patrimonio delle società; così facendo, tuttavia, sono state sottratte delle risorse alle società direttamente danneggiate, incidendo negativamente anche sulle pretese della società quotata unica socia e, conseguentemente, dei suoi creditori e dei suoi soci privati. Il fatto che il danno risarcibile sia stato limitato al 30% del danno cagionato al patrimonio delle due società, cioè sia stato limitato alla quota di partecipazione del socio pubblico, lascia impregiudicata ogni azione ordinaria alla società *holding* e ai suoi soci privati, per la riparazione del danno, in ossequio all'impostazione secondo cui la responsabilità amministrativa e quella civilistica corrono su due binari paralleli. Tuttavia, per evitare la duplicazione della condanna, in caso di azione di responsabilità civilistica, la pronuncia avrebbe dovuto riguardare solo la porzione del danno che si riflette sulle partecipazioni private, mentre l'azione *ex art. 2393 c.c.* riguarda il danno integralmente. Inoltre, in caso di danno al patrimonio sociale il risarcimento non può che avvenire a beneficio della società, e non del singolo socio, di modo

che ciascuno dei soci benefici indirettamente della reintegrazione patrimoniale. La criticità è ancora più evidente, a prescindere dall'entità della partecipazione pubblica, eventualmente anche totalitaria, in caso di insolvenza e di azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare nei confronti degli amministratori. Visto che difficilmente sarebbe sostenibile la loro soggezione all'obbligo di risarcire due volte il danno già risarcito al socio pubblico, quest'ultimo beneficerebbe di una prelazione sconosciuta nel diritto societario, cui conseguirebbe la traslazione del rischio d'impresa dal socio pubblico ai creditori sociali. Astraendo dal caso concreto, infine, non va dimenticato che il sistema di pubblicità legale previsto per le società di capitali induce i terzi ad un legittimo affidamento sulla applicazione di un regime giuridico dipendente dal *nomen iuris* del soggetto iscritto al registro delle imprese⁽²⁵⁶⁾, per cui tale legittimo affidamento verrebbe svilito di contenuto qualora il regime ordinario recedesse in favore del regime pubblicistico, ledendo tutti coloro i quali hanno attinto informazioni al sistema di pubblicità legale. Ne conseguirebbe uno «svuotamento» del concetto stesso di pubblicità prevista dallo statuto codicistico dell'imprenditore commerciale. In termini più ampi, l'orientamento estensivo rischierebbe di frustrare le «istanze di protezione del mercato e della migliore composizione dei vari interessi», scoraggiando «le esigenze legate all'iniziativa economica privata e quindi alla flessibilità ed alla propensione al rischio»⁽²⁵⁷⁾.

⁽²⁵⁶⁾ Tale perplessità è espressa ancora da IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica*, cit., 153.

⁽²⁵⁷⁾ Così SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 53.

Si può concludere, dunque, affermando che la Corte di cassazione ha privilegiato in prima battuta un approccio fortemente garantista del corretto impiego del denaro pubblico, ponendo alla base del ragionamento ora la natura sostanzialmente pubblica delle funzioni esercitate e delle risorse economico-finanziarie a tali fini impiegate, ora la sussistenza del rapporto di servizio inteso in una accezione vieppiù ampia. L'aspetto formale rappresentato dalla forma giuridica del soggetto operante viene ritenuto elemento non determinante, sebbene la forma giuridica a sua volta comporti l'applicazione di uno statuto tipico, la cui coesistenza con le regole pubblicistiche fa emergere le criticità sopra esposte. Ne consegue che la ricostruzione logico-giuridica sottesa all'orientamento estensivo fin dall'origine non è stata ritenuta del tutto convincente dai commentatori, sicché il *revirement* del 2009 non ha destato sorpresa nella dottrina.

2.2. Il nuovo orientamento restrittivo. La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 26806 del 2009 – Perdurando la mancanza di una norma che istituisca esplicitamente la giurisdizione erariale su amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, la giurisprudenza più recente ha mutato ulteriormente il proprio orientamento sul punto, in chiave fortemente restrittiva⁽²⁵⁸⁾.

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 26806 del 2009⁽²⁵⁹⁾, in controtendenza rispetto alle pronunce precedenti, ha ristretto

⁽²⁵⁸⁾ Riassume i termini del *revirement* giurisprudenziale SCHLITZER, *Le più recenti innovazioni legislative e giurisprudenziali in materia di responsabilità amministrativa e di processo contabile*, in *Foro amm. CdS* 2010, 229.

⁽²⁵⁹⁾ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit. La sentenza è decisamente significativa, tant'è che è stata più volte pubblicata e commentata. Si vedano CAGNASSO, *Una «brusca frenata» da parte delle sezioni unite della*

sensibilmente l'alveo della responsabilità per danno erariale in seno alle società a partecipazione pubblica, segnando «una brusca interruzione nel progressivo ampliamento giurisprudenziale (delineato dalle stesse sezioni unite) della giurisdizione contabile [...] poi confermata dalla decisione «fotocopia» 15 gennaio 2010 n. 519»⁽²⁶⁰⁾. Secondo le Sezioni unite, gli amministratori sono responsabili dei danni causati alle società amministrate secondo l'ordinario regime civilistico. Viceversa, la responsabilità amministrativa permane per i danni riferibili direttamente al socio pubblico, come ad esempio il danno all'immagine.

Nel caso di specie, riguardante società del gruppo Enel, i ricorrenti avevano lamentato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, la quale aveva affermato la sussistenza della responsabilità amministrativa

Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa-contabile, in *Giur. it.* 2010, 857, CARTEI-CREA, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* 2010, 935, D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, cit., FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, cit., GHIGLIONE-BIALLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle sezioni unite*, in *Soc.* 2010, 803, LAMORGESE, *Società a partecipazione pubblica, responsabilità, giurisdizione*, in *Giur. comm.* 2011, 2, II, 332, PATRITO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e diritto sostanziale*, in *Giur. it.* 2010, 1709, SALVAGO, *La giurisdizione della Corte dei Conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili ed a quella degli enti danneggiati*, in *Giust. civ.* 2010, I, 2505, 316, SINISI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di S.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro amm. CDS* 2010, 77 e TENORE, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle S.p.a. a partecipazione pubblica*, cit.

⁽²⁶⁰⁾ TENORE, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle S.p.a. a partecipazione pubblica*, cit., 92. L'orientamento così inaugurato è quello attualmente dominante: le argomentazioni di cui alla sentenza n. 26806 sono recepite dalla maggior parte delle sentenze successive sull'argomento. Si rinvia, *ex multis*, a Cass., Sez. un., 15 gennaio 2010 nn. 520, in *Guida dir.* 2010, 6, 63 (s.m.); 519, 521, 522 e 523, in *Banca dati Dejure*.

degli amministratori di società per azioni a partecipazione pubblica: a detta loro, tale responsabilità non era ipotizzabile, tenuto conto che l'Enel svolge attività di impresa su mercati liberi e concorrenziali, esercitata perseguendo il fine di lucro e senza finalità pubblicistiche.

La Corte, nella sua trattazione *ex professo* della questione, acutamente osserva che il problema non è tanto quello di definire se, come e quando una società per azioni a partecipazione pubblica risponda, come persona giuridica, per danno erariale ad una P.A., ma si tratta piuttosto di stabilire sulla base di quale statuto gli amministratori o i dipendenti di una società pubblica rispondano dei danni a questa direttamente prodotti ed indirettamente riflessi sull'amministrazione pubblica, in quanto titolare della partecipazione azionaria. La differenza è rilevante, se si considera che nel primo caso la società per azioni pubblica è il soggetto responsabile del danno, che deve risarcire con il proprio patrimonio sociale, mentre nel secondo caso essa diviene il soggetto danneggiato il cui patrimonio deve essere reintegrato.

Nel fare un breve *excursus*, il Supremo collegio ha sottolineato che in passato i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti, al pari di quella del giudice amministrativo, erano agevoli da tracciare a causa della più netta distinzione tra l'area del «pubblico» e quella del «privato», della normale corrispondenza tra la natura pubblica dell'attività svolta dall'agente ed il suo organico inserimento nei ranghi della pubblica amministrazione, della conseguente più agevole demarcazione di confini tra l'agire dell'amministrazione in forza della potestà pubblica ad essa spettante e per le finalità tipicamente a questa connesse ed il suo agire, invece, *iure privatorum*. Si trattava in tutti i casi di elementi che facilitavano decisamente l'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione in esame. La più recente evoluzione della

pubblica amministrazione, già affrontata nella trattazione, ha reso ora questi confini assai meno chiari, da un lato incanalando sovente le finalità della pubblica amministrazione in ambiti tipicamente privatistici, dall'altro affidando con maggiore frequenza a soggetti privati la realizzazione di finalità una volta ritenute di pertinenza esclusiva degli organi pubblici. In quest'ottica anche le Sezioni unite della Cassazione, per evitare il rischio di un sostanziale svuotamento, o almeno di un grave indebolimento, della giurisdizione contabile in materia di responsabilità, avevano teso a privilegiare un approccio più «sostanzialistico» fino al 2009, sostituendo ad un criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, un criterio oggettivo che faceva leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate⁽²⁶¹⁾.

La Corte si sofferma, inoltre, con dovizia di riferimenti giurisprudenziali sull'aspetto dibattuto dell'estensione del concetto di «rapporto di servizio». Il «rapporto di servizio» tra l'agente e la pubblica amministrazione può essere inteso anche come una relazione con la P.A. tale da investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura, sia esso un provvedimento, una convenzione o un contratto, né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica⁽²⁶²⁾. L'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto

⁽²⁶¹⁾ Il riferimento è all'impostazione sostanzialistica impressa con l'ordinanza n. 19667 del 2003 e la sentenza n. 3899 del 2004.

⁽²⁶²⁾ Così Cass., Sez. un., 3 luglio 2009 n. 15599, in *Foro it.* 2010, I, 1534; Cass., Sez. un., 31 gennaio 2008 n. 2289, in *Banca dati Dejure*; Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4112, in *Foro it.* 2008, I, 190; Cass., Sez. un., 20 ottobre 2006 n.

esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico integra quindi una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in caso di danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto⁽²⁶³⁾, anche se l'estraneo venga investito solo di fatto dello svolgimento di una data attività in favore della pubblica amministrazione⁽²⁶⁴⁾ ed anche se difetti una gestione del danaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo procedure di rendicontazione proprie della giurisdizione contabile in senso stretto⁽²⁶⁵⁾. Tale ragionamento consente l'accertamento della responsabilità erariale conseguente all'illecito o indebito utilizzo, da

22513, in *Foro it.* 2007, I, 2483; Cass., Sez. un., 5 giugno 2000 n. 400, in *Foro it.* 2000, I, 2789; Cass., Sez. un., 30 marzo 1990 n. 2611, in *Giust. civ.* 1990, I, 1726.

⁽²⁶³⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 1 aprile 2008 n. 8409, in *Riv. Corte conti* 2008, 2, 322; Cass., Sez. un., 27 settembre 2006 n. 20886, in *Foro it.* 2007, I, 2483; Cass., Sez. un., 1 marzo 2006 n. 4511, in *Foro it.* 2006, I, 1734; Cass., Sez. un., 19 febbraio 2004 n. 3351, in *Foro it.* 2005, I, 2676.

⁽²⁶⁴⁾ Cass., Sez. un., 9 settembre 2008 n. 22652, in *Riv. Corte conti* 2008, 5, 180.

⁽²⁶⁵⁾ Cass., Sez. un., 12 ottobre 2004 n. 20132, in *Giur. it.* 2005, 846 con nota di RODRIQUEZ, *Le Sezioni unite tornano a pronunciarsi sulla giurisdizione della Corte dei conti*. Nell'ordinanza in questione, pronunciata in materia di erogazione di fondi comunitari, i giudici hanno affermato che la giurisdizione della Corte dei conti sussiste anche nei confronti degli amministratori di un'associazione di privati imprenditori, perciò di un soggetto privato non solo nella sua struttura giuridica, ma altresì con riguardo ai mezzi di finanziamento, ritenendo detti amministratori vincolati alla pubblica amministrazione dal rapporto di servizio, in quanto incaricati in via continuativa di una determinata attività in favore della P.A., con inserimento nell'organizzazione di quest'ultima e con particolari vincoli e obblighi diretti ad assicurare la rispondenza dell'attività stessa alle esigenze generali cui era preordinata.

parte di una società privata, di finanziamenti pubblici⁽²⁶⁶⁾, o della responsabilità in cui può incorrere il concessionario privato di un pubblico servizio o di un'opera pubblica, quando la concessione investe il privato dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche, attribuendogli la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione, talché egli agisce per le finalità proprie di quest'ultima⁽²⁶⁷⁾.

La Cassazione, perciò, pur recependo una connotazione del «rapporto di servizio» decisamente ampia, ritiene dirimente un altro aspetto al fine di individuare la giurisdizione corretta. Le «società di diritto privato partecipate da un ente pubblico [...] non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico». L'enunciato principio è corroborato dall'art. 2449 cod. civ., secondo il quale anche i componenti degli organi amministrativi e di controllo di nomina pubblica «hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea». Nello stesso senso depone la relazione al codice civile, nella quale si afferma che è «lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici», per cui la scelta del soggetto pubblico di acquisire partecipazioni in società private determina il suo assoggettamento alle regole proprie del tipo giuridico prescelto. Dall'identità dei diritti e degli obblighi previsti per i componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica discende la responsabilità di detti organi nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, negli stessi termini in cui tali

⁽²⁶⁶⁾ Cass., Sez. un., 5 giugno 2008 n. 14825, in *Riv. Corte conti* 2008, 3, 276 e Cass., Sez. un., 1 marzo 2006 n. 4511, cit.

⁽²⁶⁷⁾ Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4112, cit.

diverse possibili proiezioni della responsabilità sono configurabili per gli amministratori e per gli organi di controllo di ogni altra società privata, ai sensi degli artt. 2392 e seguenti del codice.

La Corte successivamente in motivazione approfondisce ulteriormente la questione del rapporto di servizio, ed affronta per la prima volta quella del danno diretto, sconfessando radicalmente la ricostruzione logico-giuridica formulata nella sentenza n. 3899 del 2004. Quanto alla prima questione, non sembra si possa prescindere dalla distinzione tra la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica amministrazione, e quella personale degli amministratori, dei sindaci o degli organi di controllo della stessa società, i quali non s'identificano con la società. Nulla consente di riferire loro, *sic et simpliciter*, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte.

Ma c'è dell'altro. Non solo, come detto, non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e la persona fisica dell'amministratore della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di *mala gestio*, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come «danno erariale», inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio. La distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire in via diretta al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio sociale, patrimonio che è e resta privato. Vero è purtuttavia che il danno sofferto dal patrimonio della società è ovviamente destinato a ripercuotersi anche sui soci, incidendo

negativamente sul valore o sulla redditività della loro quota di partecipazione, ma il sistema del diritto societario impone di tener ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio, o del terzo, da quelli che rappresentano il mero riflesso dei danni sofferti dalla società. Dei danni diretti, cioè di quelli prodotti immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno cagionato alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio⁽²⁶⁸⁾. Per quanto sopra premesso, il danno cagionato dagli organi della società al patrimonio sociale, cui nel sistema del codice civile si può riparare per mezzo dell'azione sociale di responsabilità ed eventualmente di quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di danno erariale, ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti: non vi è alcun danno diretto all'erario, ma solamente un danno patito da un soggetto privato, la società, nocumento riferibile esclusivamente al patrimonio appartenente a quel soggetto e non certo ai singoli soci, siano essi pubblici o privati. Costoro sono titolari unicamente delle proprie quote di partecipazione; i rispettivi conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale. L'esattezza di tale conclusione trova conferma anche nell'impossibilità di realizzare, altrimenti, un soddisfacente coordinamento sistematico tra l'ipotizzata azione di responsabilità

⁽²⁶⁸⁾ Il principio è pacifico in giurisprudenza: si vedano, per tutte, Cass. 5 agosto 2008 n. 21130, in *Foro it.* 2009, I, 447; Cass. 3 aprile 2007 n. 8359, in *Giur. it.* 2007, 2761; Cass. 27 giugno 1998 n. 6364, in *Giur. it.* 1998, 2097; Cass. 28 febbraio 1998 n. 2251, in *Foro it.* 1998, I, 3246.

dinanzi al giudice contabile e l'esercizio delle azioni di responsabilità contemplate dal codice civile.

D'altronde, almeno in tutti i casi nei quali vi siano anche soci privati, la cui partecipazione è suscettibile di subire danno per effetto del comportamento illegittimo degli organi sociali, sarebbe impossibile escludere l'esperibilità degli ordinari strumenti di tutela approntati dal codice civile a beneficio della società, dei soci privati, nonché eventualmente dei creditori. Tuttavia, se si ipotizzasse il concorso tra l'azione del procuratore contabile e l'azione sociale di responsabilità contemplata dal codice civile, sarebbe necessario disciplinare tale concorso, vista la diversità delle caratteristiche delle differenti azioni. L'assenza del benché minimo abbozzo di coordinamento normativo in proposito potrebbe rappresentare la conferma della non configurabilità, in simili situazioni, di un'azione diversa da quelle previste dal codice civile, che sia destinata a ricadere nella giurisdizione del giudice contabile.

Il socio pubblico, peraltro, è di regola in grado di tutelare i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle ordinarie azioni civili. Qualora non lo facesse, se a causa di tale omissione l'ente pubblico dovesse subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, sarebbe sicuramente prospettabile l'azione del Procuratore contabile nei confronti di chi, nella veste di rappresentante dell'ente partecipante o comunque di soggetto titolare del potere di decidere per esso, avesse colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, con ciò pregiudicando il valore della partecipazione.

Riguardo a questa azione, è indubbia la competenza giurisdizionale della Corte dei conti⁽²⁶⁹⁾.

Il *discrimen* adottato dalla Suprema corte è dunque costituito dal carattere diretto o meno del danno, elemento dal tutto trascurato dalla giurisprudenza antecedente. Laddove il danno è stato cagionato alla società partecipata, pertanto, il socio pubblico ha subito a sua volta un danno solamente indiretto, per cui lo strumento di tutela è l'ordinaria azione di responsabilità prevista dal codice civile; viceversa, nel caso in cui il danno è cagionato direttamente allo Stato o all'ente pubblico, come nell'ipotesi di danno all'immagine, lo strumento di tutela resta quello del giudizio dinanzi la Corte dei conti per responsabilità amministrativa. In altre parole, è salvaguardata la giurisdizione contabile nei soli casi *sub art. 2395 cod. civ.*, mentre si afferma quella ordinaria nei casi *sub art. 2393 cod. civ.*, a prescindere dall'entità della partecipazione pubblica al capitale sociale. Inoltre, nelle società a partecipazione pubblica non si instaura alcun rapporto di servizio tra ente pubblico e amministratori della società partecipata, per cui viene meno un altro dei presupposti per l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa. Tale ultima considerazione è alla base del ragionamento che ha condotto nel 2011

⁽²⁶⁹⁾ Si tratta di una facoltà non del tutto sconosciuta in passato, anzi praticata utilmente, sebbene una sola volta. Si veda C. conti, Sez. II centrale, 26 marzo 2002 n. 96, in www.corteconti.it, integralmente confermata da Cass. Sez. un., 22 luglio 2004 n. 17302, in *Banca dati Dejure*. Il caso di specie riguardava la società Acque Albule S.p.a., il cui capitale era interamente posseduto dal Comune di Tivoli. I sindaci *pro-tempore* di quel Comune avevano lasciato cadere in prescrizione, nonostante una delibera in merito del Consiglio comunale, l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori della società, revocati dall'incarico. Si rinvia, *amplius*, alla successiva nota n. 271.

alla negazione della giurisdizione della Corte dei conti addirittura in caso di società *in house*⁽²⁷⁰⁾.

Veniamo al caso concreto oggetto della sentenza n. 26806 del 2009. Alcuni amministratori e dipendenti di Enel power S.p.a., società del gruppo Enel, al fine di favorire alcune imprese costruttrici nell'assegnazione di appalti, avevano ricevuto indebitamente delle dazioni di denaro per cui, all'esito del procedimento penale a loro carico, la Corte dei conti aveva ritenuto di procedere nei loro riguardi per vedere affermata la loro responsabilità amministrativa. Il procedimento giuscontabile si era concluso con la condanna dei *manager* al risarcimento del danno causato alla società e del danno di immagine causato al Ministero dell'Economia e delle Finanze nella sua qualità di socio pubblico. I condannati hanno quindi adito la Corte di cassazione, contestando la giurisdizione contabile poiché l'Enel svolge attività imprenditoriale su mercati liberi in regime di concorrenza, perseguendo finalità lucrative e non pubblicistiche.

La Suprema corte, come detto, ha condiviso l'impostazione dei ricorrenti, stabilendo che sono assoggettate alle regole del diritto comune quasi tutte le società pubbliche e che, pertanto è onere del socio pubblico attivare le ordinarie tutele di cui al diritto societario. Anzi, sono passibili di contestazione di danno erariale i funzionari pubblici che, disponendo dei pacchetti di azioni e, conseguentemente, potendo attivare i rimedi a tutela del socio pubblico, invece non lo facciano. In conclusione, grava sui dirigenti e sugli amministratori degli enti pubblici il compito di vigilare sull'operato degli amministratori di società a cui lo Stato o gli altri enti pubblici contribuiscono, ovvero di cui detengono partecipazioni

⁽²⁷⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 12 ottobre 2011 n. 20941, cit., meglio esaminata *infra*.

intraprendendo, se del caso, l'azione di responsabilità per *mala gestio* prevista dal codice civile⁽²⁷¹⁾).

Ricapitolando, l'esaminata sentenza si fonda sui seguenti principi cardine. Innanzitutto, l'eventuale rapporto di servizio corrente tra l'amministrazione e la società partecipata non si estende *sic et simpliciter* ad amministratori o membri dell'organo di controllo della società. Secondariamente, il danno dovuto a *mala gestio* non può essere qualificato come danno erariale, poiché non arrecato direttamente alle finanze pubbliche. Infine, è netta la separazione tra ente partecipante e società partecipata, visto che entrambi sono dotati di personalità giuridica autonoma, e che ciò implica la netta separazione tra i due patrimoni, poiché entrambi i soggetti sono provvisti di autonomia patrimoniale piena. Per questi motivi non si può attribuire al patrimonio

⁽²⁷¹⁾ Già con la sentenza Cass., Sez. un., 22 luglio 2004 n. 13702, cit., la Suprema corte aveva accolto la stessa soluzione, rilevando la responsabilità erariale in capo agli ex sindaci del Comune di Tivoli, i quali avevano omesso di esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società partecipata al 100% dallo stesso Comune. Nella fattispecie, era stata quindi invocata la responsabilità degli amministratori locali per non aver eseguito la delibera del consiglio comunale sull'esercizio dell'azione *ex art. 2393 cod. civ.* Secondo la Procura contabile, l'azione sociale in parola si rendeva necessaria per la tutela degli interessi del Comune, unico azionista, in quanto le ingenti perdite subite dalla società negli esercizi compresi dal 1989 al 1991 erano state causate, in larga misura, dalla cattiva gestione della stessa da parte degli amministratori revocati. Tali perdite erano state in definitiva sopportate dall'ente locale, il quale aveva dovuto ripianarle. La Cassazione, nel confermare l'interpretazione della Corte dei conti, aveva dunque rilevato in capo agli amministratori locali «l'omesso esercizio di qualsiasi elementare forma di tutela del patrimonio comunale, che avrebbe dovuto esprimersi principalmente nella proposizione dell'azione sociale di responsabilità degli amministratori della società [...]. Tale omessa attività non rientra, pertanto, nel contesto delle attività discrezionali dell'amministrazione, rimesse a valutazioni di merito, ma consiste in una violazione di precisi obblighi di tutela del patrimonio comunale conseguenti al prescelto modulo organizzativo dell'attività (S.p.a. a capitale interamente pubblico)».

del singolo socio pubblico il danno arrecato al patrimonio della società dal comportamento illegittimo degli organi sociali. Il danno inferto all'ente emerge come mero riflesso del danno cagionato alla società. Bisogna, in altre parole, tenere distinta l'ipotesi in cui la società a partecipazione pubblica sia soggetto danneggiante da quella in cui sia piuttosto il soggetto danneggiato.

La sentenza n. 26806 del 2009 inaugura un filone giurisprudenziale che traccia una netta separazione tra l'area delle pubbliche amministrazioni e dei pubblici agenti, da un lato, e quella delle società dall'altro, a prescindere dal fatto che queste ultime siano partecipate oppure controllate da enti pubblici. Nel primo campo si seguono le regole della responsabilità amministrativa, così come nel secondo si applica la disciplina codicistica, ragion per cui per il danno arrecato al patrimonio sociale è la società stessa ad essere competente a rivalersi sugli amministratori che l'hanno cagionato. Le azioni di responsabilità, comprese quelle della minoranza, sono esercitate infatti a nome della società. Detto ciò, alle pubbliche amministrazioni azioniste è consentito di tutelare l'integrità del patrimonio sociale direttamente «dall'interno»⁽²⁷²⁾, nella propria veste di socio, senza attendere l'intervento della Corte dei conti.

Essendo il socio pubblico in grado di tutelare esso stesso i propri interessi attraverso l'esercizio del diritto di voto in assemblea e delle azioni civili, nel caso in cui ciò non dovesse avvenire, e nel caso in cui detta omissione cagionasse all'ente pubblico un pregiudizio patrimoniale, è ritenuto passibile di responsabilità amministrativa non già il *manager* che ha determinato il danno alla società partecipata, bensì

⁽²⁷²⁾ Cfr. D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, cit., 1497.

colui che, nella veste di rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere decisionale per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, con ciò pregiudicando il valore della partecipazione. Nel caso di danno indiretto, perché è di questo che si sta parlando, l'unico intervento della Corte dei conti ammesso è quello nei confronti del socio pubblico, la cui inerzia nell'intraprendere le azioni civilistiche abbia comportato un danno erariale, cioè un danno diretto al patrimonio dell'ente pubblico azionista. Quando la P.A. ricorre all'uso di strumenti giuridici tipicamente privatistici di fatto rinuncia alla posizione di supremazia che le è assicurato dal regime del diritto amministrativo, collocandosi su di un piano di parità con il soggetto privato ed assoggettandosi senz'altro alla disciplina giuridica dell'istituto scelto⁽²⁷³⁾.

2.2.1. L'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione n. 27092 del 2009 e le società disciplinate da leggi speciali – Per contro, le regole sulla responsabilità amministrativa restano applicabili alle società

⁽²⁷³⁾ Il principio secondo cui la responsabilità in caso di *mala gestio* non vada accollata esclusivamente agli amministratori della società, ma debba riguardare anche chi, in nome e per conto del socio pubblico, ha il dovere ed i poteri per controllare la gestione e verificarne la rispondenza ai caratteri ed alle finalità programmate è per la prima volta esplicitato dalle Sezioni unite del 2009, eccezione fatta per Cass., Sez. un., 22 luglio 2004 n. 13702, cit., che però rappresenta un *unicum* nella giurisprudenza. Tuttavia già nel 2006 una sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti aveva stigmatizzato la «macroscopica inosservanza» di puntuali disposizioni legislative, caratterizza inoltre da ripetuta «negligenza, leggerezza, e manifesta incuria dei pubblici interessi» da parte dei rappresentanti degli enti pubblici soci, pur condannando i soli amministratori al risarcimento dei danni cagionati ad una società per azioni partecipata interamente da enti pubblici. Era il caso Autobrennero S.p.a., oggetto della sentenza C. conti, sez. giur. Trentino-Alto Adige, 18 luglio 2006 n. 58, in *Riv. Corte conti* 2006, 4, 58. Particolarmente attento ai profili di responsabilità dei rappresentanti dei soci pubblici, già prima della sentenza n. 26806 del 2009, è GUERRIERI, *op. cit.*, 294 ss.

disciplinate da leggi speciali contenenti tali e tante deroghe da rendere le società assimilabili ad un'amministrazione pubblica a tutti gli effetti, piuttosto che ad una società di diritto comune⁽²⁷⁴⁾. Può accadere, cioè, che l'atto costitutivo e/o lo statuto della società contengano deviazioni sostanziali dal tipo legale della società, come prevista e disciplinata nel codice civile. In tal caso, sebbene la società andrebbe qualificata alla stregua di un soggetto formalmente privato, di fatto si tratterebbe di soggetto di diritto pubblico, con conseguenziale estensione delle prescrizioni e della giurisdizione relative al danno erariale⁽²⁷⁵⁾. Tuttavia, al di fuori dell'ipotesi testé prospettata, il danno cagionato al patrimonio sociale può trovare ristoro limitatamente per mezzo del fruttuoso esperimento dell'azione sociale di responsabilità o, tutt'al più, di quella dei creditori sociali, essendosi configurato un danno ad un patrimonio da riconoscere a tutti gli effetti come privato.

La Cassazione, dunque, ha distinto tra società che, nonostante l'apporto di risorse pubbliche, vanno considerate soggetti privati e società che per le loro caratteristiche peculiari, legali o statutarie, devono essere considerate la *longa manus* dell'amministrazione pubblica. Le prime sono soggette alla giurisdizione contabile limitatamente all'eventuale danno diretto al socio pubblico, mentre le seconde, equiparabili ad organismi pubblici, sono soggette alla tradizionale giurisdizione per responsabilità amministrativa. Queste ultime sono caratterizzate da un regime giuridico *sui generis*, che comporta radicali

⁽²⁷⁴⁾ In tal senso, sul caso Rai-Radiotelevisione italiana S.p.a. si rinvia all'ordinanza Cass. Sez. un. 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Foro it.* 2010, I, 1472 (s.m.). Conforme, per il caso Enav S.p.a., l'ordinanza Cass., Sez. un., 3 marzo 2010 n. 5032, in *Foro it.* 2010, I, 3078.

⁽²⁷⁵⁾ Così già Cass., Sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, di cui si è parlato in precedenza.

deviazioni dalla disciplina ordinaria, per cui la società viene attratta nella sfera pubblicistica.

Le società pubbliche «speciali» sono dunque società che, in quanto svolgenti attività pubblicistiche, sono rette da un *corpus* normativo significativamente differenziato da quello previsto dal codice civile per le società ordinarie. Ai fini della responsabilità degli amministratori, tali società vanno inquadrate nell'ambito degli enti pubblici.

Il caso concreto in cui si è delineato il profilo di società pubblica «speciale» ha avuto a riferimento la Rai – Radio televisione italiana S.p.a., la quale svolge un servizio pubblico in virtù di un rapporto di concessione. La Rai, appunto, benché costituita sotto forma di società per azioni, per via del contenuto del tutto peculiare del proprio statuto è stata ritenuta equiparabile ad un ente pubblico. È questa la motivazione che porta ad estendere ai suoi amministratori il regime della responsabilità amministrativa per i danni al patrimonio sociale. La pronuncia in questione è stata fortemente criticata dalla dottrina per ragioni sistematiche e storiche. Innanzitutto, essa consentirebbe il cumulo di azioni di responsabilità contro gli amministratori ed i dipendenti della Rai. In secondo luogo, il Testo unico della radiotelevisione, approvato con d.lgs. 31 luglio 2005 n. 177, dispone che per quanto non disciplinato dal Testo unico medesimo si applicano le norme generali previste per le società per azioni, perciò il regime giuridico della Rai dovrebbe essere, appunto, quello ordinario ad eccezione delle peculiarità contenute nel testo unico di settore, che nulla prescrivono in tema di responsabilità. Alle medesime conclusioni portava la il tenore letterale dell'art. 20 l. 3 maggio 2004 n. 112, recante le Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI – Radiotelevisione italiana Spa, le cui norme sono poi

confluite nel testo unico del 2005. Ancora, la posizione espressa dalla Cassazione confligge con la volontà del legislatore, che nel 1975 scientemente optò per la attribuire forma privatistica alla Rai. Da ultimo, non va dimenticato l'aspetto economico del mercato radiotelevisivo italiano: la Rai opera in concorrenza con altre emittenti private, il che a maggior ragione deporrebbe a favore di una concezione privatistica della stessa⁽²⁷⁶⁾.

La Suprema corte ha applicato identico ragionamento nel caso di danno arrecato da alcuni dipendenti infedeli all'Enav S.p.a., società a partecipazione pubblica totalitaria. Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto Enav alla stessa stregua di una pubblica amministrazione dopo aver riscontrato la presenza di forti indicatori di pubblicità del soggetto, quali la partecipazione totalitaria statale, il perseguimento di finalità pubbliche con oneri interamente a carico dello Stato, l'istituzione di un controllo sulla gestione affidato *ex lege* alla Corte dei conti⁽²⁷⁷⁾, la soggezione della società alle norme in materia di contabilità dello Stato⁽²⁷⁸⁾.

A questo punto diventa necessario delimitare i confini tutt'altro che chiari delle società «speciali», al fine di una maggiore certezza sotto il profilo della responsabilità. A tale scopo si potrebbero utilizzare le norme distintive delle società svolgenti attività amministrativa dalle

⁽²⁷⁶⁾ Per i commenti critici alla decisione, si rinvia a PACE, *La Corte di cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai «ente pubblico»*, in *Giur. cost.* 2010, 4036, SANTONASTASO, *Ancora della RAI: «così com'è oggi, è un centauro, con una natura in parte umana e in parte equina...»*, in *Giur. cost.* 2010, 4085, D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, cit., 1495.

⁽²⁷⁷⁾ Art. 5 l. 21 dicembre 1996 n. 665.

⁽²⁷⁸⁾ Artt. 25 e 30 l. 5 agosto 1978, n. 468, richiamate dalla l. 665 del 1996.

società svolgenti attività d'impresa⁽²⁷⁹⁾). Per mezzo di dette disposizioni, è stato separato il regime imprenditoriale e di mercato, retto da principi

⁽²⁷⁹⁾ Si tratta di norme dettate per lo più per evitare alterazioni e distorsioni della concorrenza e del mercato e per assicurare la parità tra operatori economici pubblici e privati. Si fa riferimento principalmente all'art. 13, comma 1, legge 4 agosto 2006 n. 248, che recita «Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti». Altra disposizione che depone nel senso di tenere separati i differenti regimi è rappresentata dall'art. 3, comma 27 legge 24 dicembre 2007 n. 244, che vieta agli enti locali di costituire società non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero di assumervi o mantenervi partecipazioni, anche minoritarie, anche indirettamente. Sullo statuto pubblicistico delle società a partecipazione pubblica, si veda, inoltre, l'art. 19, comma 1 del d.l. 1 luglio 2009 n. 78, che ha inserito all'articolo 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 il comma 2-bis, che così prevede: «Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze». Sul tema si è espressa anche la Corte costituzionale, affermando che è legittimo che la P.A. intervenga con proprie società per azioni, tanto nell'ambito delle attività strettamente amministrative che in quello delle attività d'impresa, a patto di tenere ben differenziate le condizioni di svolgimento di dette attività, di modo da evitare che la società pubblica faccia valere sul mercato i privilegi di cui può godere in quanto pubblica amministrazione, determinando effetti distorsivi della concorrenza. Cfr. C. cost. 1 agosto 2008 n. 326, in *Giur. cost.* 2008,

concorrenziali, dal regime *in house*, meglio descritto al capitolo precedente. In tal modo si è teso ad evitare che l'amministrazione svolgesse, mediatamente, attività d'impresa in posizione di supremazia, dettata dalla condizione di amministrazione pubblica, all'infuori dei casi in cui ciò è strettamente necessario.

Sicuramente l'impostazione da ultimo proposta può essere di aiuto nella distinzione tra società pubbliche «normali» e «speciali», in quanto tratteggia con sufficiente chiarezza i limiti delle due differenti tipologie. Da un lato si collocano le società, per così dire, «normali», costituite ovvero partecipate da enti pubblici al fine di esercitare a tutti gli effetti un'attività imprenditoriale, che operano come soggetti di mercato e che perciò potrebbero essere equiparate, anche sotto il profilo giuridico, alle società commerciali private; dall'altro ci sono le società «speciali», costituite o partecipate al fine dello svolgimento di funzioni amministrative, per cui andrebbero considerate alla stregua di articolazioni organizzative degli enti stessi. La motivazione della differenziazione di regime giuridico secondo il criterio sopra proposto va ravvisata proprio nella differente finalità economica perseguita dalle società strumentali degli enti pubblici. Queste ultime devono, per forza di cose, soggiacere ad un regime particolare, differenziato da quello ordinario delle società di mercato, per precludere alterazioni o distorsioni

3508. Nello stesso solco C. cost. 8 maggio 2009 n. 148, in *Giur. cost.* 2009, 1598 (s.m.), con nota di BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*. La Corte costituzionale, in un'altra occasione, ha ritenuto coerente con il ragionamento sopra esposto e dunque legittimo il divieto posto alle pubbliche amministrazioni dalla finanziaria per il 2008 di possedere partecipazioni in società che producono beni o servizi non strettamente necessari al perseguimento dei loro fini istituzionali. Così C. cost. 8 maggio 2009, n. 148, cit., relativamente all'art. 3, commi da 27 a 29, finanziaria 2008, come modificati dall'art. 18 comma 4-*octies* l. 28 gennaio 2009, n. 2.

della concorrenza. Quando l'interesse perseguito dalla società coincide totalmente con il fine pubblico, allora agli amministratori andrebbe applicato il sistema pubblicistico della responsabilità. Il criterio discrezionale proposto, tuttavia, non è pacificamente recepito dalla dottrina. Vi è, infatti, chi ritiene società «normali» anche le società strumentali degli enti locali, le società *in house* e quelle qualificabili come organismi di diritto pubblico, in quanto il loro regime giuridico non sarebbe «fortemente derogatorio rispetto al diritto comune»⁽²⁸⁰⁾.

2.2.2. Considerazioni e criticità relative al nuovo orientamento restrittivo – Tornando alla sentenza n. 26806 del 2009, si può affermare che la nuova impostazione impressa dalla Suprema corte al riparto di giurisdizione sembrerebbe garantire sufficientemente la salvaguardia del pubblico interesse, almeno dal punto di vista teorico. Secondo la vigente disciplina delle società di capitali, infatti, l'azione di responsabilità nel caso di *mala gestio* da parte degli organi sociali non è vincolata al voto assembleare della maggioranza dei soci: nelle società per azioni è sufficiente una minoranza qualificata, mentre nelle società a responsabilità limitata basta la volontà del singolo socio. Il socio pubblico, all'interno di detto contesto normativo, pare adeguatamente tutelato, purché detenga una partecipazione minoritaria sufficiente alla promozione dell'azione di responsabilità. Essendo esclusa, di regola, la responsabilità amministrativa in caso di partecipazione pubblica minoritaria, la tutela del socio pubblico parrebbe garantita *in re ipsa*.

Sebbene non vada sottaciuto che nella medesima camera di consiglio della sentenza n. 26806 del 2009 è stata adottata anche

⁽²⁸⁰⁾ In questi termini, peraltro non condivisibili, si è espresso IBBA, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, cit., 17.

un'ordinanza di senso opposto, favorevole alla giurisdizione della Corte dei conti in presenza di danno cagionato direttamente alla società, e non all'ente pubblico⁽²⁸¹⁾, il nuovo orientamento pare si stia consolidando: nel 2011 si sono registrate altre pronunce⁽²⁸²⁾, nelle quali la Suprema corte ha ritenuto l'elemento formale della veste societaria prevalente su ogni altro elemento caratteristico, negando la giurisdizione contabile in caso di danno al patrimonio di società partecipate in via totalitaria o maggioritaria da enti pubblici.

Il consolidamento dell'orientamento di cui si discute ha comportato un adeguamento solamente parziale da parte delle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti nei giudizi per danno erariale. A titolo esemplificativo, si segnala un caso in cui la giurisdizione contabile è stata affermata nei confronti del presidente e del direttore generale di una società per azioni, in presenza di evidenti indici di pubblicità della stessa: oltre al capitale totalmente pubblico, essa aveva per oggetto sociale l'erogazione di un servizio pubblico, statutariamente le era precluso l'esercizio di attività commerciale o lucrativa e la scelta dell'organo amministrativo era riservata agli amministratori degli enti locali soci⁽²⁸³⁾. Al contrario, la giurisdizione della Corte dei conti è stata

⁽²⁸¹⁾ Ord. Cass., Sez. un., 24 novembre 2009 n. 24672, in *Foro it.* 2010, I, 1521.

⁽²⁸²⁾ Trattate al paragrafo seguente. Si tratta, tra gli altri, dei casi Autovie venete S.p.a. e Insiel S.p.a., affrontati rispettivamente nelle ordinanze Cass., Sez. un., 5 luglio 2011 n. 14655, in *Resp. civ. prev.* 2011, 2596 e 12 ottobre 2011 n. 20941, cit.

⁽²⁸³⁾ C. conti, sez. giur. Friuli-Venezia Giulia, 17 febbraio 2011 n. 12, in www.corteconti.it. Conformi C. conti sez. Friuli-Venezia Giulia 14 aprile 2010 n. 71, in *Riv. Corte conti* 2010, 2, 135 (s.m.), secondo cui gli amministratori e i sindaci delle società a partecipazione pubblica totalitaria, che conservano la natura sostanziale di ente strumentale rispetto all'azione della p.a., sono sottoposti alla giurisdizione contabile per il risarcimento dei danni cagionati al socio pubblico,

negata nel caso di società di capitali che, nonostante la partecipazione pubblica, era caratterizzata da spiccata imprenditorialità e dall'assenza di indici che ne consentissero una qualificazione pubblicistica⁽²⁸⁴⁾.

A questo punto vale la pena di chiedersi se l'eventuale qualificazione della società a partecipazione pubblica come organismo di diritto pubblico possa servire a risolvere in modo soddisfacente i dubbi sulla giurisdizione emersi nella giurisprudenza fin qui riportata.

L'ordinamento comunitario non contempla un concetto unitario di soggetto pubblico, tuttavia una sua nozione ben definita esiste e si applica all'ambito degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture: l'organismo di diritto pubblico⁽²⁸⁵⁾. Detta nozione è stata elaborata per definire con chiarezza quale sia l'ambito di applicazione soggettivo delle procedure di aggiudicazione ad evidenza pubblica, cioè quali siano le

laddove sussista una gestione finalizzata al perseguimento di finalità pubbliche e un danno alle pubbliche risorse quale riduzione del valore della partecipazione del socio pubblico C. conti, sez. giur. Friuli-Venezia Giulia 22 settembre 2011 n. 178, in *www.corteconti.it*, nella quale sono stati considerati rilevanti al fine della connotazione pubblicistica della società i seguenti parametri statutari: finalità di conservazione e risanamento ambientale, sovrapponibili a quelle della provincia che ne era l'azionista maggioritaria; tutela della maggioranza azionaria pubblica; nomina della maggioranza degli amministratori da parte del presidente della provincia azionista; mancanza del fine di lucro.

⁽²⁸⁴⁾ C. conti, sez. giur. Friuli-Venezia Giulia, 21 settembre 2011 n. 169, in *www.corteconti.it*. Nella fattispecie, mancavano i principali indicatori di pubblicità della società: il capitale non era in maggioranza pubblico, mancavano clausole di gradimento all'ingresso di soci privati, veniva regolarmente deliberata la distribuzione degli utili di esercizio, l'attività svolta era di tipo imprenditoriale. Mancavano, in altre parole, gli specifici indicatori tali da far ritenere la società un «soggetto pubblico».

⁽²⁸⁵⁾ La figura dell'organismo di diritto pubblico è stata inizialmente recepita nel nostro ordinamento dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109 per gli appalti di lavori, dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 per i servizi e, infine, dal d. lg. 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici, emanato a propria volta in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

amministrazioni aggiudicatrici soggette alla disciplina comunitaria, poi trasfusa nel Codice dei contratti pubblici. È organismo di diritto pubblico qualsiasi soggetto che possieda ad un tempo tre condizioni⁽²⁸⁶⁾: essere stato istituito per soddisfare specifici bisogni di interesse generale a carattere non industriale o commerciale; essere dotato di personalità giuridica; essere finanziato in via maggioritaria dallo Stato o da enti pubblici, o da altri organismi di diritto pubblico, ovvero la cui gestione sia soggetta a controllo da parte dei medesimi soggetti di cui sopra, ovvero il cui organo di amministrazione, direzione o vigilanza sia formato da membri designati in maggioranza dai soggetti sopra citati.

I soggetti rientranti nella nozione di organismo di diritto pubblico sono assoggettati ad un regime particolare. Essi operano alla stregua di una pubblica amministrazione quando si tratta di affidare appalti di lavori, servizi e forniture e gli atti relativi sono considerati a tutti gli effetti atti amministrativi, con conseguente estensione della giurisdizione amministrativa e del diritto di accesso agli atti.

Invero, la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto che l'inquadramento nell'alveo pubblicistico sopra esplicato abbia efficacia solo ed esclusivamente al fine dell'applicazione all'organismo o all'impresa la disciplina dell'evidenza pubblica in materia di affidamenti. Infatti, la nozione di organismo di diritto pubblico, lungi dall'individuare una nuova categoria di persona giuridica, serve unicamente a stabilire in quali casi un soggetto è vincolato dalle norme comunitarie a tutela della concorrenza e del mercato, a prescindere dalla sua forma giuridica⁽²⁸⁷⁾.

⁽²⁸⁶⁾ *Ex art. 2 c. 26 Codice dei contratti, in recepimento dell'art. 2 dir. 2004/18/CE e art. 10 dir. 2004/17/CE.*

⁽²⁸⁷⁾ Così IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 22. Sulle differenze tra società a partecipazione pubblica e organismi di diritto pubblico si

Nondimeno, il tema dell'organismo di diritto pubblico è stato utilizzato nel dibattito sulla giurisdizione contabile in quanto si tratta di una nozione dai connotati oggettivi, che prescinde da qualunque qualifica formale per poggiarsi su parametri funzionali, quali lo scopo perseguito, la produzione di utilità strumentali di interesse generale, la derivazione pubblica delle risorse impiegate e il collegamento con la pubblica amministrazione. Praticamente, quando si parla di organismi di diritto pubblico si applica un *corpus* normativo aggravato, per il fatto che alla base vi è l'utilizzo di denaro pubblico per finalità pubbliche. A seguito della trasformazione in società per azioni di molti enti pubblici, si sono contrapposte due tesi sulla configurazione dell'impresa pubblica. Da un lato, la Cassazione ha sostenuto che alla privatizzazione formale conseguisse l'integrale applicazione del diritto societario al nuovo soggetto, trattandosi di soggetto privato dove l'interesse dell'azionista pubblico ha mero rilievo extra-sociale, mentre secondo il Consiglio di Stato fin tanto che la privatizzazione non è anche sostanziale, con l'effettiva alienazione della partecipazione in mano all'amministrazione, il nuovo soggetto continua ad operare come impresa pubblica, sebbene in veste societaria, continuando a perseguire finalità pubbliche mediante l'impiego di risorse pubbliche⁽²⁸⁸⁾. Persiste, perciò, la contrapposizione tra la giurisprudenza di legittimità e quella amministrativa, la quale

rinvia a SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società per azioni a partecipazione pubblica e l'art. 16-bis del decreto c.d. mille proroghe*, cit.

⁽²⁸⁸⁾ Rispettivamente Cass., Sez. un., 6 maggio 1995 n. 4991, cit., e Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995 n. 498, in *Dir. proc. amm.* 1996, 147, con nota di POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*. Dello stesso orientamento Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002 n. 4711, in *Riv. Corte conti* 2002, 5, 224, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1206, in *Riv. Corte conti* 2001, 2, 281 e Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478, cit.

aderisce *in toto* alla visione «sostanzialistica» meno recente⁽²⁸⁹⁾, considerando i soggetti in possesso dei requisiti di organismo pubblico o impresa pubblica alla stregua di soggetti pubblici *tout court*, almeno per quanto concerne la natura amministrativa degli atti da essi adottati, ed il regime che ne consegue.

Più in particolare, la Suprema corte, con la sentenza 26806 del 2009, ha contestato sul punto la soluzione prospettata dalla Corte dei conti territoriale⁽²⁹⁰⁾, la quale aveva ritenuto sussistente la giurisdizione contabile all'esito positivo dell'indagine circa il possesso dei requisiti dell'organismo di diritto pubblico da parte della società partecipata. Nella sentenza di legittimità, come visto in precedenza, detta indagine non viene ritenuta determinante, perché qualsiasi impiego di somme pubbliche, che pure possono essere ingenti, sfugge al controllo della magistratura contabile nella misura in cui le somme sono conferite nel capitale della società partecipata, che segue il regime del codice civile. Le società, è fondamentale ribadirlo, non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto di essere alimentate da conferimenti dello Stato o di altri enti pubblici. Proprio sotto questo aspetto emerge in modo evidente la svolta rispetto alle posizioni sostenute in passato dalla giurisprudenza, secondo le quali l'aspetto della veste formale di società

⁽²⁸⁹⁾ Cfr. Cons. Stato 28 ottobre 1998, n. 1478, cit.

⁽²⁹⁰⁾ Corte dei Conti, sez. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114. Le stesse posizioni sono espresse in Cass., Sez. un., 1 marzo 2006 n. 4511, cit., in C. conti, sez. giur. Vento, 9 febbraio 2006 n. 67, in *Foro amm. TAR* 2006, 771 (s.m.), Cons. Stato, Ad. plen., 23 luglio 2004 n. 9, in *Giur. it.* 2004, 2411, con nota di CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Foro amm. CdS* 2005, 1346, con nota di PERFETTI, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*. Di contrario avviso Cass. 1 dicembre 2000 n. 1243, in *Foro it.* 2001, I, 877, Cass. 11 febbraio 2002 n. 1945, in *Foro it.* 2002, I, 1408 e Cass. 20 febbraio 2003 n. 2605, in *Riv. Corte conti* 2003, 1, 316.

di capitali recedeva di fronte alla natura pubblica delle funzioni esercitate e delle risorse utilizzate.

Paradossalmente, in casi differenti da quelli sopra esaminati, in cui il danno alla società è stato cagionato, anziché dagli amministratori, da soggetti terzi, operanti per conto della società e nell'interesse di questa, la giurisprudenza ha riconosciuto la responsabilità per danno erariale, in ragione del rapporto di servizio intercorrente tra soggetto terzo e società partecipata⁽²⁹¹⁾. Nel concreto un terzo, incaricato della manutenzione degli automezzi da una società di trasporto pubblico locale posseduta in via totalitaria dall'ente pubblico, per mezzo di false contabilizzazioni aveva cagionato un danno patrimoniale alla società, che in via mediata ricadeva naturalmente sul patrimonio dell'ente partecipante; ancora, un professionista, chiamato da una società a prevalente capitale pubblico ad effettuare una stima sulla congruità del prezzo da corrispondere per l'acquisto di un'area, prezzo poi effettivamente pagato dalla società, aveva stimato il bene in misura di gran lunga superiore ad una precedente stima da lui stesso effettuata.

Il presupposto per l'esistenza del danno erariale è stato qui ravvisato nel rapporto di servizio tra società o ente pubblico e terzo, chiamato quest'ultimo ad espletare funzioni che il soggetto pubblico non ha voluto o potuto svolgere con la propria organizzazione interna.

Ora, la soluzione qui da ultimo prospettata si presta inevitabilmente a critiche, visto che si colloca in netta controtendenza con le pronunce coeve che negano la giurisdizione contabile, ribaltando il principio di diritto espresso dalle Sezioni unite nell'articolata sentenza n. 26806 del 2009. Innanzitutto, pare eccessivamente ampia la nozione di rapporto di

⁽²⁹¹⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 24 novembre 2009 n. 24671 e 24672, in *Foro it.* 2010, I, 1521.

servizio impiegata, estesa a qualsivoglia attività svolta da terzi a vantaggio dell'ente pubblico, anche dove non si tratti di attività amministrativa ma di mera attività di diritto privato della P.A. Secondariamente, si sorvola sulla differenza tra danno diretto e danno indiretto, assimilandone gli effetti ai fini della giurisdizione. La Suprema corte, infatti, si è già espressa nel senso della esistenza della responsabilità per danno erariale degli amministratori sociali solo in caso di danni diretti. L'affermazione della giurisdizione contabile in caso di danno indiretto all'erario, cagionato da un terzo, pare incoerente con la negazione della stessa giurisdizione in caso di danno parimenti indiretto, ma cagionato da un amministratore o un dipendente della società danneggiata direttamente. Infatti, se come si è detto non sussiste alcun rapporto di servizio tra amministratore della società a partecipazione pubblica ed ente pubblico, non si capisce come possa sussistere tale rapporto tra ente pubblico e terzo inadempiente contrattualmente nei confronti della società partecipata dall'ente pubblico. Pare contraddittorio che la medesima società venga considerata soggetto privato se danneggiata dal proprio amministratore e, viceversa, assimilabile ad una amministrazione pubblica se a causare il danno è un terzo qualsiasi. A nulla varrebbe, peraltro, eccepire la totale pubblicità delle società di cui alle sentenze riportate, in quanto è stato a più riprese affermato che anche la società a partecipazione pubblica totalitaria è soggetta alla disciplina ordinariamente stabilita per le società commerciali, non rilevando in questa sede il carattere *in house* della società stessa. E quand'anche la società *in house* fosse ritenuta, ai fini della responsabilità, assimilabile ad un'amministrazione pubblica, pare eccessivo l'ampliamento del concetto di rapporto di servizio, esteso finanche a includere mere operazioni materiali, come la manutenzione

dei veicoli, che poco o nulla hanno a che vedere con la funzione pubblica, intesa come esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

Da ultimo, non vanno assolutamente trascurate le potenziali conseguenze pratiche che la virata giurisprudenziale del 2009 non mancherà di produrre soprattutto nel mondo degli enti locali, che come è noto fanno largo uso dello strumento societario per fornire alle collettività amministrate i servizi pubblici. Si assiste infatti alla concentrazione della responsabilità amministrativa in capo ai rappresentanti del Comune, sindaco o assessori, mentre prima essa era ripartita tra amministratori locali e consiglieri di amministrazione delle società. La responsabilità grava dunque interamente sugli amministratori locali, che possono liberarsi solo mediante l'esperimento dell'azione di responsabilità. La soluzione prospettata, tuttavia, cozza con il fatto che le società partecipate non sono società «a statuto speciale», il che rende non del tutto agevole l'esercizio dei compiti di controllo nei loro confronti, controllo che si presume totale solamente in caso di società *in house*. L'ordinamento civilistico non prevede per gli amministratori della società alcun vincolo di mandato con gli azionisti: i primi sono pienamente ed autonomamente responsabili delle scelte gestionali adottate.

La conclusione che se ne può trarre è che gli amministratori locali devono prestare maggiore attenzione alla scelta di esternalizzare i servizi pubblici, perché potrebbero essere chiamati a rispondere delle conseguenze che essi non hanno contribuito a determinare, se non in via mediata, attraverso la scelta dei membri dell'organo esecutivo della società. Quanto sopra premesso, l'amministratore pubblico che sceglie ora di far costituire al proprio ente una società lo fa esponendo la propria

persona al rischio di future contestazioni da parte della Corte dei conti⁽²⁹²⁾.

Si può a questo punto passare a considerazioni di ordine pratico relative al ruolo di amministratore di società a partecipazione pubblica. Se le recenti posizioni assunte in giurisprudenza possono apparire tranquillizzanti sul piano della responsabilità amministrativa, non bisogna dimenticare che ciò non equivale ad una forma di irresponsabilità, bensì corrisponde ad una sostituzione di responsabilità, che passa dal regime della responsabilità amministrativa a quello della responsabilità ordinaria degli amministratori verso la società. Tanto più che, alla luce dell'orientamento più aggiornato, essendo diventati attualmente gli amministratori dell'ente partecipante i destinatari dell'azione di responsabilità amministrativa per l'eventuale omissione dell'azione di responsabilità civilistica, è probabilmente ipotizzabile nel prossimo futuro un progressivo aumento di dette azioni nei confronti degli amministratori delle partecipate. C'è il rischio, perciò, che i rappresentanti degli enti pubblici all'interno delle società partecipate, per cautelarsi verso possibili azioni da parte della Corte dei conti, diano vita dinanzi al giudice ordinario ad un contenzioso assolutamente strumentale contro gli amministratori sociali⁽²⁹³⁾.

⁽²⁹²⁾ CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 156, sostiene che il timore di subire l'azione di responsabilità amministrativa potrebbe indurre il socio pubblico ad esercitare «penetranti poteri di indirizzo e controllo sugli amministratori sociali» sicché, in difetto di previsioni statutarie in tal senso, la partecipazione pubblica potrebbe comportare «una possibile distonia dal tipo di società comune ed un'atipica consistenza della *corporate governance*».

⁽²⁹³⁾ Tale opinione sul rischio dell'esplosione di un contenzioso a meri fini cautelativi verso i rappresentanti degli enti pubblici partecipanti è condivisa da

All'impostazione attualmente prevalente in giurisprudenza⁽²⁹⁴⁾ la dottrina ha mosso anche altre obiezioni sostanziali. Nel periodo attuale, fortemente connotato dalla necessità per le amministrazioni pubbliche di conseguire risparmi di spesa, forse andrebbero implementati i controlli sulle società con socio pubblico, anziché indeboliti. Secondo alcuni Autori, i rimedi civilistici appaiono inadeguati per vari motivi al fine primario che dovrebbe essere rappresentato dall'efficiente ed efficace gestione delle risorse pubbliche. Innanzitutto, le azioni di responsabilità civile si fondano sulla mera aderenza alle forme del diritto privato dei comportamenti degli amministratori, mentre il finanziamento pubblico richiederebbe piuttosto la valutazione delle responsabilità secondo criteri pubblicistici, quali ad esempio il rispetto di procedure competitive per l'assunzione di personale o per la stipula di contratti. Secondariamente, la sostituzione di un'azione ad iniziativa d'ufficio, quella della Procura presso la Corte dei conti, con una ad istanza di parte, l'azionista, presuppone la netta separazione tra il socio e l'amministratore: poiché gli amministratori delle società partecipate sono nominati dall'ente pubblico socio e il loro operato è volto al raggiungimento di fini stabiliti in sede politica, è difficilmente ipotizzabile che verranno perseguiti proprio da coloro i quali li hanno nominati e che hanno tracciato le linee guida della gestione societaria⁽²⁹⁵⁾. In terzo luogo, l'eventuale azione di

D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, cit., 1497.

⁽²⁹⁴⁾ Che peraltro TENORE, *loc. cit.*, non esita a definire «desolante ed espressivo di un disegno scientemente [...] teso a depotenziare la sfera d'azione della Corte dei conti».

⁽²⁹⁵⁾ In proposito, IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica*, cit., 155 parla di «vicinanza» tra amministrazione danneggiata e amministratori, che farebbe sì che la responsabilità civilistica dei secondi «resti sulla carta», dimostrandosi scettico sulla

responsabilità amministrativa verso gli amministratori pubblici inerti presuppone comunque una segnalazione alla Procura contabile. Mentre nel sistema precedente chiunque poteva segnalare una cattiva gestione, magari evidente, nel sistema attuale solo un membro dissenziente dell'organo amministrativo dell'ente pubblico può venire a conoscenza della mancata adozione dell'azione civilistica, il che equivale a restringere a dismisura la possibilità concreta di adozione di qualsivoglia controllo sulle gestioni societarie. Per questi motivi i critici del sistema di responsabilità delineato dalla Cassazione ritengono che esso, sebbene teoricamente ineccepibile, non sembrerebbe destinato ad avere successo nella pratica. Appurato che il danno da *mala gestio* è diventato di difficile contrasto, non va meglio riguardo al danno all'immagine. Vincolare il ristoro della lesione al decoro della P.A. alla condanna penale definitiva implica l'esperimento di un'azione di recupero a molti anni dalla condotta lesiva, il che svislaccia i fini dell'azione stessa, che si presenterebbe come tardiva e probabilmente infruttuosa⁽²⁹⁶⁾, venendo meno l'efficacia dissuasiva e recuperatoria del controllo da parte della Corte dei conti. Infine, lo scetticismo circa il nuovo meccanismo di tutela delineato in via pretoria è avvalorato dalla considerazione che, anche nei casi di società ad azionariato privato, «sono molto poche le controversie azionate contro gli amministratori», visto che la «responsabilità degli amministratori non costituisce un vero e proprio strumento di controllo

reale efficacia della soluzione prospettata dalla Cassazione in chiave di tutela del pubblico erario.

⁽²⁹⁶⁾ TENORE, *op. ult. cit.*, 104, segnala come nelle more del processo penale, visti i tempi lunghi della giustizia in Italia, l'imputato potrebbe agevolmente disfarsi dei beni aggredibili, mentre l'azione revocatoria o di simulazione eventualmente intrapresa dalla Procura parrebbe avere scarse possibilità di successo proprio per i succitati tempi lunghi, che renderebbero la prova di aver agito in danno dei creditori ovvero della simulazione un'autentica *probatio diabolica*.

della loro attività»⁽²⁹⁷⁾ e poiché «chi agisce in responsabilità è quasi sempre il curatore» fallimentare⁽²⁹⁸⁾.

Vale la pena di ribadire come il quadro normativo e giurisprudenziale descritto appaia infine quanto meno contraddittorio per un'ulteriore motivazione. La Cassazione, mentre nel 2009 ha negato la giurisdizione contabile per i danni cagionati a società con soci pubblici, con una decisione del 2010⁽²⁹⁹⁾ ha ammesso la stessa per gli amministratori di società interamente private, che abbiano distratto finanziamenti pubblici di cui avevano beneficiato, rivalutando il noto criterio di collegamento del rapporto di servizio. Ebbene, secondo il sommesso parere di chi scrive parrebbe difficile ritenere che detto rapporto possa sussistere per una società privata, vincolata al solo utilizzo del finanziamento ricevuto per le finalità stabilite dal bando di assegnazione delle risorse, e non configurarsi per società che necessitano di contribuzione pubblica per la propria esistenza. Nel caso Insiel S.p.a., ad esempio, è stato negato il rapporto di servizio addirittura per una società *in house*, quindi a partecipazione totalitaria dell'ente pubblico, che opera in via maggioritaria con l'ente pubblico e sul quale l'ente socio esercita il controllo analogo a quello sui propri uffici o servizi. Con l'ordinanza 12 ottobre 2011 n. 20941 meglio esaminata *infra*, infatti, la

⁽²⁹⁷⁾ In questi termini FRANZONI, *op. cit.*, 403.

⁽²⁹⁸⁾ SPIOTTA, *L'amministrazione*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, 531. Anche DALMOTTO, *Azione sociale di responsabilità-Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario artt. 2325-2409 c.c.*, Bologna, 2004, 789, evidenzia le difficoltà pratiche che scoraggiano, e hanno scoraggiato sotto la vigenza della disciplina *ante* riforma, l'azione di responsabilità civilistica.

⁽²⁹⁹⁾ Con l'ordinanza 3 marzo 2010, n. 5019, cit., in parziale deroga ai criteri enunciati nella sentenza 26806 del 2009.

Suprema corte ha ribadito integralmente i concetti espressi nella sentenza 26806 del 2009, non ravvisando l'esistenza del rapporto di servizio tra socio pubblico ed amministratori della società partecipata, negando la natura erariale del danno eventualmente cagionato alla società, affermando la netta separazione tra patrimonio del socio e patrimonio della società, caratterizzando il nocumento come indirettamente incidente sul patrimonio del socio pubblico⁽³⁰⁰⁾. Il tutto, nonostante la società Insiel sia una società *in house*. In merito alle società *in house*, si registra l'orientamento opposto della giurisprudenza contabile, la quale ha affermato recentemente che nel tipo di società in parola vi è sostanziale coincidenza tra patrimonio del socio pubblico e patrimonio sociale, per cui ogni lesione del primo si traduce automaticamente nella lesione del secondo, implicando il radicamento della giurisdizione della Corte dei conti⁽³⁰¹⁾. Un tanto vale altresì per le società strumentali degli

⁽³⁰⁰⁾ Contenuto analogo si rinviene nel caso di Autovie venete S.p.a., anch'esso affrontato nel paragrafo seguente, in cui nonostante la società sia partecipata in via maggioritaria dalla *holding* regionale della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e da altri enti pubblici, Regione Veneto, Province di Trieste, Udine, Gorizia, Pordenone, Venezia e Treviso e comuni contigui agli attraversamenti autostradali, e sia concessionaria di un servizio pubblico, l'esercizio di una tratta autostradale, è stata trattata alla stregua di una società privata, con declaratoria di giurisdizione ordinaria per i danni arrecati da cattiva gestione, con la motivazione che la società non è cagione di danno alle finanze pubbliche, ma piuttosto è stata essa stessa danneggiata da parte dei suoi amministratori.

⁽³⁰¹⁾ C. conti, sez. giur. Lazio, 23 febbraio 2011 n. 327, in www.affaritaliani.libero.it, che così puntualmente argomenta: «A parere del Collegio [...] l'ATAC non può essere considerata alla stessa stregua delle altre società per azioni a partecipazione pubblica. Infatti, come indicato nello Statuto e ribadito nel contratto di servizio l'ATAC spa è azienda *in house* del Comune di Roma. Ciò significa che è dotata del capitale d'impianto inizialmente conferitole dall'ente locale, ed è soggetta ai poteri d'indirizzo, controllo e vigilanza da parte di quest'ultimo, che ne approva il bilancio e gli altri atti fondamentali, restando perciò saldamente incardinata nella compagine istituzionale dell'ente proprietario, del quale si connota come articolazione organizzativa e braccio operativo. In altri termini,

ancorché sia costituita nella forma di società per azioni, nella sostanza continua ad essere un'azienda speciale come disciplinata dall'art. 114 del T.U. 267/2000, secondo il quale l'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale. Peraltro, come accadeva per le aziende speciali, nell'ipotesi di affidamenti *in house*, proprio per la relazione di strumentalità tra l'azienda e l'ente locale, quest'ultimo, derogando al principio di carattere generale dell'evidenza pubblica, in luogo di procedere all'affidamento esterno di determinate prestazioni, provvede in proprio, e cioè all'interno, all'esecuzione delle stesse attribuendo l'appalto o il servizio di cui trattasi ad altra entità giuridica di diritto pubblico mediante il sistema dell'affidamento diretto c.d. *in house providing*, ossia senza gara. Si tratta di un modello organizzativo in cui la p.a. provvede da sé al perseguimento degli scopi pubblici quale manifestazione del potere di autoorganizzazione e del più generale principio comunitario di autonomia istituzionale. Tale tipo di affidamento si può realizzare laddove sussistano alcune condizioni tra le quali l'esercizio da parte dell'ente committente, sul soggetto affidatario, di un "controllo analogo" a quello che esercita sui propri servizi e la necessità che il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente committente (o gli enti se sono più di uno) che la controlla. Controllo che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, va configurato come "un assoluto potere di direzione e coordinamento e supervisione...che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione". Ciò peraltro potrà essere realizzato soltanto se sia stata prevista una struttura organizzativa (dell'ente affidatario) tale da consentire all'ente pubblico di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione, nonché sull'andamento economico-finanziario (Corte di Giustizia europea sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*). Sulla scorta di quanto riferito rispetto alla natura ed alle funzioni delle c.d. aziende *in house*, è evidente perciò come non sia possibile accostare l'ATAC spa alle società (come ENEL Power spa, nella fattispecie di cui alla sentenza n. 26806/2009 della Corte di Cassazione) costituite con partecipazione pubblica (maggioritaria o meno) che svolgono attività imprenditoriale (di rilevanza pubblica quanto ai fini) e che gestiscono servizi pubblici ma non li gestiscono con il sistema dell'affidamento *in house*. Per quanto, in particolare, attiene ai profili evidenziati nel regolamento preventivo di giurisdizione, va rilevato che, ferma restando l'autonomia imprenditoriale delle aziende *in house*, sussiste una sostanziale coincidenza tra il patrimonio del Comune e quello dell'azienda, cosicché ogni illecita riduzione di quest'ultimo - anche sotto il mero profilo di sottrarre al Comune conferente le disponibilità che avrebbe potuto diversamente utilizzare - determina un'ipotesi di responsabilità amministrativa rientrante, come tale, nell'ambito della giurisdizione contabile (sez. reg. Marche sent. n. 248/2010 relativamente ad AnconAmbiente spa). E sotto questo profilo, laddove un organismo utilizzi per lo svolgimento della sua

enti locali, che risultano essere strutture costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni e servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, diversamente dalle società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente in via immediata esigenze generali della collettività⁽³⁰²⁾.

Il chiarimento operato dalla Cassazione nel 2009 presenta, ad ogni modo, l'indiscutibile pregio di superare le obiezioni poste dalla dottrina privatistica circa gli «insolubili problemi di tutela dei soci privati e dei creditori sociali»⁽³⁰³⁾, conseguenza del concorso di giurisdizioni, già evidenziati in precedenza.

2.2.3. Le obiezioni della magistratura contabile – È la stessa Corte dei conti ad evidenziare l'uso talvolta scorretto fatto finora delle società a partecipazione pubblica⁽³⁰⁴⁾: queste sono state in certi casi impiegate, da parte degli enti locali, come uno strumento per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e per eludere i vincoli finanziari imposti.

attività risorse pubbliche (esclusivamente pubbliche) la giurisprudenza ormai da anni riconosce la sua natura pubblica a prescindere dalla circostanza che si tratti di un ente pubblico o di una società per azioni (Cass. civ., SS.UU. ord. 22 dicembre 2003, n. 19667; Cons. Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182)».

⁽³⁰²⁾ Si veda Tar Lazio, sez. III, 21 marzo 2008 n. 2514, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽³⁰³⁾ IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 25.

⁽³⁰⁴⁾ Deliberazione n. 14/SEZAUT/2010/FRG del 22 giugno 2010, in *www.corteconti.it*.

Secondo la magistratura contabile, l'evoluzione della pubblica amministrazione in senso privatistico, che autorevole dottrina ha definito «fuga nel diritto privato»⁽³⁰⁵⁾, alla luce dell'esperienza maturata nella prassi non può prescindere dal mantenimento del contrappeso dato dal controllo della Corte dei conti. Non bisogna dimenticare, infatti, che la migliore efficienza e la maggiore tempestività dell'azione amministrativa, poste alla base della scelta delle forme privatistiche, mai devono andare a scapito della liceità delle scelte gestionali: laddove dovessero configurarsi condotte dannose per la P.A. sarebbe preferibile demandarne la repressione ad un'azione doverosa e ad iniziativa d'ufficio, piuttosto che ad una ad istanza di parte, spesso inerte⁽³⁰⁶⁾. Ciò che va definito con chiarezza è la modalità di espressione della giurisdizione contabile in materia di responsabilità.

La *vexata questio*, tuttavia, affonda le proprie radici in un fenomeno di più ampio respiro. Difatti, la linea di demarcazione tra l'azione amministrativa espletata in forza della potestà pubblica e azione *iure privatorum* risulta al giorno d'oggi alquanto sfumata. La P.A., chiamata ad intervenire in modo sempre più incisivo nel mondo economico moderno, sceglie spesso di operare mediante strumenti tipici dei soggetti privati, ritenuti, a torto o a ragione, in grado di assolvere alle funzioni richieste in maniera maggiormente efficace, efficiente e trasparente, in altre parole in forma più snella⁽³⁰⁷⁾. La tendenza alla compenetrazione

⁽³⁰⁵⁾ NIGRO, *La giurisdizione sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1631.

⁽³⁰⁶⁾ O «latitante», per dirla con le parole di TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 43.

⁽³⁰⁷⁾ Di «maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici» parla, relativamente alla scelta pubblica di agire per mezzo di società per azioni, accettando l'assoggettamento al diritto comune, il Guardasigilli Grandi nella relazione al codice

tra la sfera del diritto amministrativo e la sfera del diritto privato, qui richiamata, si esplicita o attraverso la costituzione di società per azioni da parte dello Stato o dell'ente pubblico, al fine di perseguire gli scopi istituzionali finora soggetti al diritto pubblico, ovvero affidando direttamente il perseguimento di detti scopi a soggetti privati. Da qui la oggettiva difficoltà di inquadramento delle società operanti: si tratta di soggetti pubblici o privati? Detta difficoltà si riverbera nella difficoltà di individuare la disciplina applicabile alle fattispecie concrete sotto il profilo del regime amministrativo e della responsabilità nei confronti dell'erario.

La gestione di risorse sostanzialmente pubbliche, sebbene mediante forme organizzative di tipo privatistico, non deve vanificare l'esigenza di controllo della Corte dei conti, altrimenti l'adozione della forma societaria rappresenterebbe un modo surrettizio di aggiramento delle regole che presiedono ad una corretta ed efficace gestione delle pubbliche finanze. Va evitato, dunque, che il modello societario venga ridotto «a vuota forma o ad artificioso guscio quando le sue regole, flessibili per consentire una gestione efficiente dell'impresa, vengono, non di rado, strumentalizzate ad un'amministrazione non orientata all'economicità e, di fatto, esonerata da responsabilità»⁽³⁰⁸⁾. In questa ottica, sebbene sia stato sentenziato che la giurisdizione contabile debba intervenire per supplire alla mancata adozione dei rimedi civilistici da parte del socio pubblico, non si può non rimarcare che la differente struttura della responsabilità degli amministratori verso la società

civile del 1942, commentando gli scarni articoli riservati alle società per azioni pubbliche.

⁽³⁰⁸⁾ Relazione orale del Presidente della Corte dei conti dott. Giampaolino all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, disponibile su www.corteconti.it.

rispetto alla responsabilità per danno erariale può comportare l'inadeguatezza del modello di controllo proposto dalla Cassazione. Siffatto modello, infatti, è fondato su presupposti del tutto differenti rispetto all'azione per danno erariale, essendo stato concepito a presidio dell'integrità del patrimonio sociale, piuttosto che del rispetto delle complesse forme tese a garantire la salvaguardia delle finanze pubbliche, mediante l'adozione di modelli volti ad assicurare l'imparzialità, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa.

Non ci si può esimere, infine, da considerazioni squisitamente economiche, oltre che giuridiche. Il tema del controllo sulle società partecipate è nodale, infatti attualmente una parte significativa della finanza pubblica viene gestita attraverso lo strumento societario. Più in particolare, le società partecipate assorbono risorse pubbliche con molteplici modalità, tra le quali la sottoscrizione delle quote sociali costituisce solo un modo, il più delle volte nemmeno il più rilevante. Le società a partecipazione pubblica generalmente beneficiano di contributi da parte dell'ente partecipante, sia in conto corrente che in conto capitale. A ciò vanno aggiunti i corrispettivi da contratto di servizio, che costituiscono la porzione di maggior peso nel volume d'affari delle società strumentali. In caso di gestioni in *deficit*, infine, è tenuto a ripianare le perdite proprio l'ente azionista. Lasciare che le società in questione siano indenni dai controlli della magistratura contabile, assoggettate esclusivamente alle azioni civilistiche, rischia di comportare per la collettività «più un pericolo che un'opportunità»⁽³⁰⁹⁾. Il controllo, peraltro, non va limitato al lato della spesa, ma deve giocoforza

⁽³⁰⁹⁾ Così il Procuratore regionale della Corte dei conti del Friuli-Venezia Giulia dott. Zappatori nella Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, pagina 4, disponibile in www.corteconti.it.

estendersi anche alla qualità dei servizi erogati, visto che le società partecipate devono perseguire non solo dei risparmi di spesa, ma anche garantire servizi di qualità alla collettività. In altre parole, pare inadeguato il modello dell'azione ordinaria di responsabilità in quanto le società a partecipazione pubblica non perseguono puramente e semplicemente il profitto, come le società lucrative del codice civile, ma piuttosto hanno come fine ultimo quello dell'erogazione di servizi pubblici nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità. Va da sé che il danno non è dato solamente dalla diminuzione patrimoniale, ma altresì dalla gestione inefficiente, che ad esempio fa sì che i servizi dovuti non siano resi, ovvero siano prestati in maniera insufficiente o a un costo esorbitante. Si rileva un danno per le finanze pubbliche, dunque, anche laddove la gestione della società partecipata pubblica avvenga antieconomicamente, ad esempio perseguendo fini occupazionali, elusivi tra l'altro dei vincoli finanziari imposti a livello comunitario⁽³¹⁰⁾.

Tale necessità di controllo è corroborata dalla tendenza del legislatore degli ultimi anni a limitare il fenomeno delle società a

⁽³¹⁰⁾ Sul punto, si veda C. conti Sez. prima centrale d'appello n. 402 del 2011, in www.corteconti.it. Nel caso di specie, la costituzione di una società a partecipazione pubblica era avvenuta per perseguire scopi di tipo occupazionale, e non per migliorare l'efficienza e l'economicità dei servizi pubblici resi dall'ente locale. La costituzione della società, dunque era scientemente antieconomica, tesa all'assunzione di personale e all'elusione delle norme in materia di evidenza pubblica. In altre parole, la società aveva rappresentato il mezzo per la violazione, da parte dell'ente locale socio, dei vincoli posti dal patto di stabilità e dei principi della sana gestione economica. Vero è che il danno è stato patito direttamente dalla società, e solo in via mediata dall'ente locale, chiamato a sostenere la gestione sociale antieconomica, ma è altrettanto vero che la società medesima, a capitale prevalentemente pubblico, esercente l'attività di prestazione di servizi pubblici locali, vincolata all'ente socio da contratto di servizio, possedeva varie caratteristiche tali da essere assimilata ad una P.A.

partecipazione pubblica, nel timore che la forma societaria tenda «allo scopo di sottrarsi allo statuto giuridico pubblicistico (soprattutto in tema di assunzioni del personale e di applicazione di procedura ad evidenza pubblica)». In questa ottica va letta l'estensione alle società a partecipazione pubblica totalitaria, che gestiscono servizi pubblici locali, dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, oltre che dell'obbligo di assunzione del personale a mezzo concorso. Nello stesso senso vanno interpretati i limiti imposti alle partecipate nell'assunzione di dipendenti⁽³¹¹⁾.

Va rimarcata una differenza essenziale tra società private e società a partecipazione pubblica. Mentre nelle prime il socio è ad un tempo finanziatore e titolare dell'azione di responsabilità in caso di *mala gestio*, nelle seconde detta coincidenza viene meno: da un lato vi è la collettività, che finanzia la società mediante la contribuzione fiscale, e dall'altro vi è l'ente pubblico, titolare dei diritti connessi alla partecipazione azionaria. La promozione dell'azione responsabilità è infatti di esclusiva competenza del socio, mentre l'azione da parte della Procura presso la Corte dei conti poteva essere sollecitata dall'esposto di qualunque cittadino, ricostituendo l'identità tra soggetto finanziatore e soggetto titolare di diritti in ordine al controllo sulla gestione societaria⁽³¹²⁾.

Il controllo della magistratura contabile sulle società partecipate da enti pubblici, ancora, funge a dissuadere gli amministratori dal

⁽³¹¹⁾ Si veda CLARICH, *op. cit.*, 9, che richiama la disciplina restrittiva introdotta dal d.l. 112 del 2008, convertito in l. 133 del 2008 e dal d.l. 78 del 2009, convertito in l. 102 del 2009.

⁽³¹²⁾ In tali termini il Procuratore regionale della Corte dei conti del Friuli-Venezia Giulia dott. Zappatori nella Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, cit., pagina 5.

discostarsi dai principi della corretta gestione. L'adozione del modello societario è fisiologico se teso a conseguire migliori livelli di efficienza, economicità e tempestività dell'azione, ma privo di controlli in ordine alla correttezza dell'utilizzo delle risorse pubbliche può degenerare in strumento di elusione delle regole ordinarie di finanza pubblica o addirittura in modo di «gestione clientelare del potere politico amministrativo»⁽³¹³⁾.

Un ultimo elemento di criticità che emerge dagli orientamenti recenti del Supremo collegio è rappresentato dal fatto che gli episodi di *mala gestio* non necessariamente si ripercuotono immediatamente sul valore delle quote sociali, sicché l'azione civilistica sicuramente non sarebbe esperibile anche a fronte operazioni di depauperamento del patrimonio, se non nel caso di immediato deprezzamento delle quote sociali.

2.3. Le ordinanze del 2011 – Come testé anticipato, la giurisprudenza ha avuto occasione di pronunciarsi sul tema qui in discussione anche in tempi recentissimi, richiamandosi talvolta all'orientamento sostanzialistico, talaltra a quello formalistico, così facendo contribuendo ad alimentare i dubbi circa il limite della giurisdizione erariale in materia di società a partecipazione pubblica⁽³¹⁴⁾.

⁽³¹³⁾ Così il Presidente della sezione giurisdizionale regionale per il Friuli-Venezia Giulia dott. Marotta nella Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, disponibile su www.corteconti.it.

⁽³¹⁴⁾ Ci si riferisce qui a ord. Cass., Sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941, Cass., Sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20940, ord. Cass., Sez. un., 7 luglio 2011 n. 14957 e a ord. Cass., Sez. un., 9 maggio 2011 n. 10063, tutte in *Foro it.* 2012, 831, con *Nota* di D'AURIA, e a Cass., Sez. un., 5 luglio 2011 n. 14655, in *Resp. civ. prev.* 2011, 2596. Delle richiamate pronunce, la n. 10063 del 2011 si rifà all'interpretazione restrittiva,

L'orientamento ondivago assunto dalla Cassazione anche nei pronunciamenti più recenti è sintomatico della grande difficoltà nell'affrontare tale attuale problema.

L'ordinanza della Cassazione n. 14655 del 2011 ha per oggetto una società a quasi totale partecipazione pubblica, Autovie venete S.p.a., concessionaria di servizi autostradali, che nell'operazione di costituzione di una società partecipata aveva speso somme rilevanti per poi ricevere in cambio una «costosissima scatola vuota»⁽³¹⁵⁾. Nel caso di specie, come d'altronde già successo nelle vicende precedenti, la pretesa responsabilità erariale contestata dalla magistratura contabile agli amministratori della società si era scontrata con l'invocazione, da parte di costoro, della giurisdizione civile, secondo la nota distinzione tra danno diretto e danno indiretto approfondita nella sentenza n. 26806 del 2009. Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione aveva concluso per l'affermazione della responsabilità amministrativa, rilevando che la società concessionaria autostradale è finalizzata al perseguimento di finalità pubbliche mediante il modello organizzatorio della società di capitali, e pertanto è assimilabile più al caso Rai che a quello Enel power. Il precedente che meglio si attaglierebbe alla fattispecie sarebbe perciò l'ordinanza n. 27092 del 2009, in luogo della sentenza n. 26806 del 2009, preso atto altresì del carattere di organismo di diritto pubblico della società in questione. Di diverso avviso è stato il collegio, che ha ribadito integralmente la ricostruzione logico-giuridica di cui alla sentenza n. 26806 del 2009, affermando anche per Autovie

mentre tutte le altre ricalcano l'impostazione restrittiva di cui alla sentenza n. 26806 del 2009.

⁽³¹⁵⁾ In questi termini il Procuratore regionale della Corte dei conti per il Friuli-Venezia Giulia dott. Zappatori nella Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, pagina 6.

venete S.p.a. la giurisdizione ordinaria in materia di responsabilità degli amministratori.

L'ordinanza delle Sezioni unite n. 20941 del 2011 ha ad oggetto una società *in house* regionale per i servizi informatici, Insiel S.p.a., perciò pacificamente soggetta ai medesimi vincoli procedurali previsti per l'amministrazione pubblica. La pronuncia si richiama esplicitamente all'orientamento espresso nella sentenza n. 26806 del 2009, pur prendendo atto del carattere non pacifico delle conclusioni ivi formulate. Nel caso concreto, la società aveva speso forti somme per un incarico di consulenza sul passaggio di consegne tra l'amministratore delegato uscente e quello entrante. I rilievi considerati decisivi, al fine di orientare la soluzione prospettata dalla Corte, sono stati due. In primo luogo, i giudici hanno affermato che il rapporto di servizio tra ente pubblico e società controllata non si può estendere *sic et simpliciter* agli organi o ai dipendenti della stessa. In secondo luogo, i danni eventualmente cagionati alla società dalla cattiva gestione, o comunque da atti illeciti imputabili agli organi o ai dipendenti della società, si sarebbero concretizzati in pregiudizi gravanti esclusivamente sul patrimonio della società, vista l'autonomia patrimoniale di cui gode rispetto ai soci.

Ora, le conclusioni testé esaminate non parrebbero aggiungere nulla all'orientamento formalistico, nel cui solco l'ordinanza dichiaratamente si colloca, se non fosse che il caso di specie ha ad oggetto non una società qualsiasi, bensì una società *in house*. Negando il rapporto di servizio e, al contempo, affermando l'assoluta autonomia della società rispetto all'amministrazione socia totalitaria, la Suprema corte va oltre le pronunce del 2009, negando la caratteristica di società *sui generis* delle società di autoproduzione e ritenendo irrilevanti i caratteri concettuali e giuridici che contraddistinguono le società *in house*, vale a dire la

partecipazione totalitaria, il controllo analogo e la destinazione prevalente. Così facendo si restringe ulteriormente, e di molto, la giurisdizione della Corte dei conti. Fino ad ora, le società *in house* sono state considerate dal legislatore, sotto molteplici profili, alla stessa stregua delle amministrazioni pubbliche che le controllano, proprio per via dei propri caratteri intrinseci. Più in particolare, alle *in house* si applica tanto il regime pubblicistico per le assunzioni di personale, che quello per i contratti. Ebbene, l'ordinanza in questione pare difficilmente coordinabile col contesto legislativo e giurisprudenziale sull'argomento. Pare illogico assoggettare dette particolari società al patto di stabilità, al codice degli appalti e al testo unico del pubblico impiego, ma non alla responsabilità erariale, che completerebbe il *corpus* di norme pubblicistiche applicate alle società *in house*, soggette in modo così stringente ai medesimi controlli delle pubbliche amministrazioni socie. Pertanto, le società di autoproduzione sono considerate dal legislatore la *longa manus* dell'ente pubblico socio, ma la giurisprudenza di legittimità nega, nei fatti, siffatta stretta relazione per quanto attiene alla responsabilità⁽³¹⁶⁾. Vale la pena ricordare che tramite le società *in house*, le amministrazioni pubbliche producono indirettamente i beni ed i servizi necessari alla cura ed al perseguimento degli interessi pubblici alla cui cura esse sono preposte. Siffatte società si collocano, conseguentemente, al di fuori delle normali regole di mercato e concorrenziali, trovandosi al

⁽³¹⁶⁾ Infatti FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale*, in www.giustizia-amministrativa.it, prima della sentenza n. 26806 del 2009 correttamente rilevava che relativamente alle società *in house* il controllo della Corte dei conti avrebbe dovuto essere «sempre più penetrante».

contrario «nel perimetro delle pubbliche amministrazioni»⁽³¹⁷⁾. Nella pratica, dette società vengono costituite prevalentemente da enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali. In questa tipologia di società, sarebbe logico che restasse ferma la tradizionale responsabilità per *mala gestio* degli amministratori sanzionabile dinanzi alla Corte dei conti.

A favore dell'affermazione di una ambito di giurisdizione esclusiva della Corte dei conti nell'ipotesi di società *in house* depone anche l'art. 16-bis della l. 31 del 2008, già esaminato nei precedenti paragrafi. Se la partecipazione minoritaria e la contendibilità del controllo sono i requisiti richiesti dal legislatore per la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario in materia di azione di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica, il medesimo *iter* argomentativo parrebbe portare a concludere per l'esistenza di una sfera di giurisdizione esclusiva in tema di responsabilità nel caso di società chiuse, a partecipazione pubblica totalitaria, in cui il socio pubblico esercita la direzione ed il coordinamento nell'interesse proprio, e non di quello della società. Nella fattispecie, infatti, non essendoci contendibilità del controllo e possibilità di ricambio della direzione a favore dei privati, vengono meno le esigenze di «affidare alle leggi di mercato l'esercizio del potere giurisdizionale»⁽³¹⁸⁾.

I profili di criticità della soluzione prospettata dalla Suprema corte si fanno più evidenti nel contrasto con un'altra ordinanza quasi coeva, sempre pronunciate a Sezioni unite. L'ordinanza n. 10063 del 2011⁽³¹⁹⁾, pur riguardando un caso di specie differente rispetto alle ordinanze

⁽³¹⁷⁾ Così D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, cit., 1498.

⁽³¹⁸⁾ La condivisibile conclusione è di SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 57.

⁽³¹⁹⁾ Cass., Sez. un., 9 maggio 2011 n. 10063, cit.

precedentemente esaminate, si rifà all'orientamento sostanzialistico formulato nel 2003, invece che a quello formalistico del 2009, sottolineando il rischio di «sostanziale svuotamento» della giurisdizione contabile in tema di responsabilità. La natura privatistica del soggetto che riveste forma societaria non fa venir meno la relazione funzionale intercorrente tra società, appunto, ed ente pubblico, che si esplica per mezzo dell'inserimento del soggetto privato nell'«organizzazione funzionale dell'ente pubblico», con ciò estendendo al primo il regime di responsabilità del secondo. Anche nel caso di specie, così come in quello precedentemente richiamato, la società era stata costituita da enti pubblici, con capitale interamente pubblico, per perseguire finalità proprie degli enti fondatori e senza fine di lucro: il danno era l'effetto del pagamento di compensi non dovuti. Nel caso di cui all'ordinanza n. 20941 del 2011, si è discusso della società che fornisce servizi informatici alla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, mentre nel caso di cui all'ordinanza n. 10063 del 2011 si è trattato della società di supporto alla candidatura di Trieste quale sede dell'Expo 2007. Il fatto che il ragionamento sviluppato nella prima ordinanza si attagli perfettamente anche alla seconda fattispecie concreta, come è vero il viceversa, rende l'idea su come il dibattito tra fautori dell'orientamento formale e sostenitori di quello sostanziale sia tutt'altro che superato.

A questo punto è opportuno riflettere in chiave critica sulle sopra riportate ordinanze pronunciate nel corso del 2011, principalmente sui casi Autovie venete ed Insiel. Le due menzionate società, entrambe escluse dalla giurisdizione contabile a detta della Suprema corte, rappresentano due realtà tra loro ben differenti, per cui ne pare defatigatoria l'assimilazione al fine di negare la cognizione della Corte dei conti.

Secondo il sommesso parere di chi scrive, sebbene le due società in parola rientrino formalmente nel *genus* società di capitali, esse sono espressione di modelli organizzativi che più diversi non potrebbero essere. Autovie venete S.p.a., pur essendo partecipata in via largamente maggioritaria dalla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, svolge un'attività commerciale a tutti gli effetti, operando nei confronti della generalità degli utenti del tratto autostradale in concessione alla stessa stregua di un soggetto ad azionariato privato, al fine di massimizzare il profitto nei limiti imposti dal provvedimento concessorio. Il fatturato della società è espressione di servizi resi agli utenti, così come l'utile d'esercizio è destinato al socio pubblico sotto forma di dividendo.

Il fatto che la società sia beneficiaria di una concessione, peraltro, non pare necessariamente significativa della supposta natura pubblica della persona giuridica: la concessione è l'atto che naturalmente nel nostro ordinamento autorizza e regola l'utilizzazione economica di beni demaniali; tale utilizzazione può essere conferita indifferentemente a società interamente private, piuttosto che a società a partecipazione pubblica, totalitaria o mista. In ogni caso, la salvaguardia delle finalità dell'ente pubblico concedente è lasciata al contenuto del provvedimento di concessione ed alla vigilanza sull'ottemperanza alle singole disposizioni di questo. Siffatta ricostruzione è corroborata dall'esperienza concreta delle gestioni autostradali italiane. In Italia coesistono da tempo gestori di tratte autostradali in concessione ad azionariato pubblico con società analoghe ad azionariato privato, senza che la natura pubblica o privata del socio abbia influenza alcuna sul servizio erogato, ovvero sullo specifico contenuto del provvedimento concessorio, talché pare potersi affermare che nel caso di Autovie venete S.p.a. il carattere pubblico del socio maggioritario è meramente

accidentale, non comportando l'assorbimento della società nell'alveo della responsabilità amministrativa.

Radicalmente diversa è la situazione di Insiel S.p.a. Insiel è, come già detto, una società *in house* della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia che si occupa di servizi informatici. Essa è a partecipazione pubblica totalitaria ed esercita la propria attività esclusivamente nei confronti dell'ente azionista unico, che perciò risulta esserne l'unico «cliente». Il fatturato della società altro non è se non una posta passiva di bilancio per il socio. Parallelamente, l'utile d'esercizio della partecipata non costituisce un dividendo per l'azionista pubblico, bensì la mera differenza tra i trasferimenti alla società ed i costi sostenuti per la gestione. Non si tratta, perciò, di nuove risorse per l'ente pubblico azionista, ma di denaro pubblico fin dall'origine, anticipato alla partecipata e da questa in parte retrocesso all'azionista all'atto dell'approvazione del bilancio annuale.

Nel caso in questione, dunque, differentemente dal caso Autovie venete S.p.a., non appare per nulla convincente la soluzione fornita dalla Corte di cassazione, che trascura il carattere *in house* di Insiel, con ciò addivenendo ad una soluzione insoddisfacente, per i motivi già esposti precedentemente.

3. L'azione civilistica di responsabilità – Nell'ambito del diritto societario, la ripartizione delle competenze tra organi sociali vede attribuito il potere di gestione all'organo amministrativo. A presidio del corretto esercizio di detto potere, vige un sistema di responsabilità civile di tipo compensativo, correlato ad un inadempimento ovvero ad un atto illecito e teso alla reintegrazione del patrimonio leso. Detta responsabilità si distingue in responsabilità verso la società, verso i

creditori sociali e verso singoli soci o terzi. Allo stato attuale, non v'è ragione di ritenere le società a partecipazione pubblica escluse da siffatto regime di responsabilità, nemmeno nel caso di amministratori nominati direttamente dal socio pubblico⁽³²⁰⁾, nell'ipotesi di società che non si discostano dall'ordinario modello codicistico.

Gli amministratori rispondono verso la società in caso di violazione di propri obblighi, sia che abbiano ad oggetto un contenuto specifico, sia che riguardino il dovere di amministrare diligentemente. Essi rispondono sia per il lucro cessante che per il danno emergente a carico del patrimonio sociale. La responsabilità verso i creditori sociali richiede la violazione di specifici obblighi di conservazione del patrimonio sociale e si configura in caso di diminuzione dello stesso ovvero di sua insufficienza al soddisfacimento dei creditori medesimi. La responsabilità verso singoli soci o terzi, infine, si realizza quando gli amministratori abbiano dolosamente o colposamente cagionato un danno direttamente al patrimonio del socio o del terzo.

La giurisprudenza distingue la responsabilità interna degli amministratori, conseguente alla violazione dei loro obblighi verso la società, dalla responsabilità esterna, collegata all'obbligo di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, in funzione di garanzia e di tutela dell'affidamento dei terzi⁽³²¹⁾. In particolare, la responsabilità interna funge da contrappeso al potere degli

⁽³²⁰⁾ Cfr. MASSONE, *L'attività della società per azioni mista*, in MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, cit., 254.

⁽³²¹⁾ Cfr. Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.* 1999, I, 79, con nota di SALAFIA, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori sociali*, e Cass. 14 gennaio 1987, n. 183, in *Giust. civ.* 1987, I, 842.

amministratori di amministrare la società in via esclusiva: tale responsabilità sociale giustifica «l'esercizio di un potere che non trova legittimazione nella proprietà delle azioni o delle quote»⁽³²²⁾. Detto contrappeso è indispensabile per la tutela dalla cattiva gestione, visto che il rischio d'impresa grava sulla società, quindi sui soci che hanno conferito il capitale, e non sugli amministratori che hanno determinato l'eventuale cattiva gestione. Il regime di responsabilità previsto per gli amministratori si estende ai membri del collegio sindacale, sebbene con le peculiarità dovute alle specifiche funzioni svolte e alle rispettive competenze. La responsabilità esterna, invece, trova la propria *ratio* nella tutela di coloro i quali, estranei alla gestione dell'impresa, da questa subiscano un pregiudizio. Le due differenti forme di responsabilità rispondono a differenti esigenze di tutela e richiedono quindi presupposti diversi: può anche accadere, infatti, che il pregiudizio arrecato ad un socio o ad un terzo comporti un vantaggio per la società.

La prima problematica in cui ci si imbatte affrontando il tema della responsabilità è rappresentata dalla mancanza di una norma che preveda l'elenco tassativo degli obblighi gravanti in capo agli amministratori. L'art. 2392 cod. civ., infatti, si limita a rinviare genericamente agli obblighi derivanti dalla legge e dallo statuto. Detto ciò, gli illeciti commessi dagli amministratori possono essere ricondotti all'inadempimento di doveri imposti dalla legge o dall'atto costitutivo, ovvero nell'inadempimento del generale obbligo di vigilanza e di intervento. In entrambi i casi, affinché venga coinvolta la responsabilità degli amministratori, è necessario che sia provato l'inadempimento di uno dei predetti obblighi, il danno ed il nesso causale.

⁽³²²⁾ Così FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in GALGANO (diretto da), *Le società*, Torino, 2002, 266.

La dottrina è unanime nel ritenere che sia contrattuale la natura della responsabilità interna⁽³²³⁾, in quanto essa deriva dall'inadempimento dello statuto sociale, mentre è divisa sulla natura della responsabilità esterna. Per quanto attiene alla responsabilità verso i creditori sociali, è prevalente la tesi della natura extracontrattuale, poiché «questa responsabilità [...] è applicazione, ad un caso specifico, della regola generale posta dall'art. 2043»⁽³²⁴⁾, anche se non mancano impostazioni diametralmente opposte, secondo cui tale responsabilità sarebbe contrattuale⁽³²⁵⁾. Per quanto riguarda, invece, la responsabilità verso singoli soci o terzi, la giurisprudenza è unanime nell'attribuirle natura extracontrattuale⁽³²⁶⁾, trovando concorde la dottrina maggioritaria⁽³²⁷⁾, anche se non mancano voci contrarie⁽³²⁸⁾. Ad ogni modo, ci sono anche Autori che svalutano la diatriba sulla natura giuridica della azione di responsabilità, in quanto «in presenza di attività

⁽³²³⁾ GALGANO, *Diritto commerciale edizione compatta. L'imprenditore-Le società*, cit., 338; SPIOTTA, *L'amministrazione*, cit., 528. In tema di natura giuridica del rapporto tra amministratori e società e di natura della relativa azione di responsabilità, si veda DE NICOLA, *Responsabilità verso la società*, in *Amministratori. Commentario alla riforma delle società*, a cura di GHEZZI, Milano, 2005, 546.

⁽³²⁴⁾ Così GALGANO, *Diritto commerciale edizione compatta. L'imprenditore-Le società*, cit., 340 e FRANZONI, *op. cit.*, 271 ss. Concorde è SPIOTTA, *L'amministrazione*, cit., 543, che ritiene comunque possibile in futuro la revisione della impostazione tradizionale, visto il progressivo allargamento dell'alveo della responsabilità contrattuale anche alle ipotesi di «responsabilità da contatto».

⁽³²⁵⁾ Di questo avviso è BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in COLOMBO-PORALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991, 439.

⁽³²⁶⁾ Cass. 6 gennaio 1982 n. 14, in *Giur. comm.*, 1983, II, 530, Cass. 21 maggio 1991 n. 5723, in *Riv. dir. comm.* 1992, II, 260, Cass. 26 marzo 1993 n. 9385, in *Giur. comm.*, 1994, II, 365 e la recente Cass. 23 giugno 2012, n. 15220, in www.personaedanno.it.

⁽³²⁷⁾ GALGANO, *Diritto commerciale edizione compatta. L'imprenditore-Le società*, cit., 343.

⁽³²⁸⁾ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 320 ss.

di gestione di impresa, il problema della contrattualità o extracontrattualità della responsabilità» perderebbe «contemporaneamente tanto la nitidezza dei suoi confini, quanto la sua importanza». Secondo quest'ultima impostazione, gli studiosi dovrebbero spogliarsi degli «strumenti e dei metri di misura forgiati in sede civilistica, costituenti il portato di una eredità romanistica, inadeguata ad inquadrare formalmente la fenomenologia propria della dinamica imprenditoriale. E a questa necessità non si sottrae neppure il tema, centrale, della responsabilità; tema che peraltro andrebbe probabilmente riclassificato come “responsabilità di gestione di impresa”»⁽³²⁹⁾.

Più in generale, l'obbligazione degli amministratori si qualifica come un'obbligazione di mezzi, e non di risultato, per cui il cattivo risultato della gestione non implica automaticamente l'inadempimento e, conseguentemente, la responsabilità. Agli amministratori è richiesto dunque non tanto l'utile, quanto la gestione diligente e ossequiosa degli obblighi imposti dalla legge e dallo statuto, talché sarà coinvolta la loro responsabilità per gli errori commessi nella gestione, dovuti a scarsa professionalità, e non per le scelte imprenditoriali rivelatesi *ex post* sconvenienti⁽³³⁰⁾.

La responsabilità può emergere tanto a fronte di violazione ad obblighi specifici, che a seguito di violazione del generale dovere di diligenza nell'assolvimento dei compiti dell'amministratore. Tra gli obblighi specifici, si ricordano quelli di eseguire le delibere

⁽³²⁹⁾ In questi termini CORSI, *Le azioni di responsabilità ex art. 2395 c.c.*, in *www.csm.it*, 1.

⁽³³⁰⁾ Sulla insindacabilità nel merito delle scelte gestionali e sulla c.d. *business judgement rule* si rinvia a DE NICOLA, *op. cit.*, 557 e a SPIOTTA, *L'amministrazione*, cit., 522.

dell'assemblea, di non agire in conflitto di interessi, di non agire in concorrenza con la società amministrata, di convocare senza indugio l'assemblea in caso di perdite, gli obblighi in materia di redazione del bilancio, oltre ad ulteriori fattispecie tipizzate dalla giurisprudenza⁽³³¹⁾.

La riforma societaria del 2004 ha coinvolto in modo rilevante i profili di responsabilità degli amministratori. È stata innalzata la soglia di diligenza richiesta, che non è più quella del mandatario ma quella richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze, ed è stata soppressa la responsabilità per *culpa in vigilando* sul generale andamento della gestione, sostituita dal dovere di agire in modo informato⁽³³²⁾. Per contro, la riforma non ha investito profili quali elementi costitutivi della fattispecie ed onere della prova⁽³³³⁾. La diligenza richiesta è, dunque, quella professionale, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, cod. civ. Agli amministratori è richiesta perciò una prestazione professionalmente adeguata al genere di attività economica che forma oggetto della società, alle dimensioni di questa e dei mercati in cui opera. Oltre a questo tipo di diligenza, richiesta dalla natura dell'incarico, l'art. 2392 esige inoltre la specifica diligenza professionale tipica delle competenze professionali dei singoli amministratori. Essi possono essere avvocati, dottori commercialisti, ingegneri, per cui a costoro viene

⁽³³¹⁾ *Ex multis*, la responsabilità per omesse o irregolari comunicazioni alla Consob o la responsabilità per omissione nel versamento delle imposte. Una più ampia panoramica è fornita da FRANZONI, *op. cit.*, 294 ss.

⁽³³²⁾ SPIOTTA, *L'amministrazione*, cit., 518. La disciplina *post* riforma sulla responsabilità va salutata con favore, in chiave di maggiore efficienza e rigore delle regole in materia. Così MONTALENTI, *Introduzione alla disciplina degli organi sociali*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, 357.

⁽³³³⁾ SPIOTTA, *Responsabilità verso la società*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario artt. 2325-2409 c.c.*, Bologna, 2004, 763.

richiesta anche la diligenza correlata alle loro specifiche competenze professionali⁽³³⁴⁾).

Gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni cagionati in violazione dei propri doveri, a meno che si tratti di funzioni attribuite al comitato esecutivo o ad uno o più amministratori, e salva comunque la possibilità di provare di essere immuni da colpa *ex art. 2392 cod. civ.*, facendo annotare senza ritardo il dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio e dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale. In caso di funzioni attribuite ad uno o più amministratori, ovvero al comitato esecutivo, la deroga alla solidarietà non opera se gli amministratori, venuti a conoscenza di atti pregiudizievoli per la società, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eleminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Il danno risarcibile è costituito dalla perdita economica, nella duplice veste del lucro cessante e del danno emergente, cagionata in via diretta ed immediata dalla condotta dell'amministratore. La commissione di un illecito non rileva di per sé, ma solo ed esclusivamente nella misura in cui cagiona un danno stimabile *ex art. 1223 cod. civ.*

L'azione sociale di responsabilità è deliberata dall'assemblea, anche se la società è in liquidazione, e comporta revoca automatica degli amministratori solo se adottata col voto favorevole di un quinto del capitale sociale. L'azione può essere deliberata anche se l'assemblea è convocata per la discussione del bilancio e l'azione non era indicata all'ordine del giorno, purché la contestazione riguardi fatti di competenza dell'esercizio cui il bilancio si riferisce; ha legittimazione

⁽³³⁴⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto commerciale edizione compatta. L'imprenditore-Le società*, cit., 338.

attiva anche il collegio sindacale, a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. La società può rinunciare all'azione o transigere la controversia, a seguito di deliberazione assembleare, salvo che una minoranza pari ad un quinto del capitale sociale non si opponga. Per le società che ricorrono al mercato del capitale di rischio, tale ultima minoranza deve essere almeno pari ad un ventesimo del capitale, ovvero alla quota richiesta dallo statuto per l'esercizio dell'azione da parte dei soci.

Per quanto attiene alla ripartizione dell'onere della prova, vista la natura contrattuale della responsabilità verso la società, all'attore è richiesto di provare le violazioni commesse, il danno ed il nesso causale tra le une e l'altro, mentre l'amministratore od il sindaco deve resistere in giudizio dimostrando la non imputabilità dell'evento e dando la prova positiva dell'adempimento degli obblighi relativi alla carica ricoperta⁽³³⁵⁾.

La prescrizione dell'azione di responsabilità è quinquennale⁽³³⁶⁾, ai sensi dell'art. 2949 cod. civ. Il *dies a quo* coincide col momento in cui si

⁽³³⁵⁾ In tal senso si è espressa Cass. 29 ottobre 2008, n. 25977, in *Giur. it.* 2008, 2654, sebbene con riferimento alla disciplina *ante* riforma. Il principio di diritto, comunque, va ritenuto valido anche sotto la vigenza della nuova disciplina. In questi termini SPIOTTA, *L'amministrazione*, cit., 531.

⁽³³⁶⁾ Sulla qualificazione giuridica del termine, la dottrina è divisa. Propendono per la prescrizione quegli Autori che valorizzano il dato letterale di cui agli artt. 2941, n. 7 e 2949 cod. civ. Tra questi, GALGANO, *Diritto commerciale edizione compatta. L'imprenditore-Le società*, cit., 340 e VASSALLI, *Azione sociale di responsabilità*, in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., 690. Ritiene si tratti di decadenza, invece, ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007, 66. Aderisce a quest'ultima tesi DALMOTTO, *Azione sociale di responsabilità-Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario artt. 2325-2409 c.c.*, Bologna,

è concretizzato il pregiudizio patrimoniale, e non col momento in cui è avvenuta la condotta, che può essere di molto anteriore. Tuttavia, la prescrizione è sospesa fintanto che l'amministratore è in carica. La prescrizione può essere interrotta dall'assemblea, mediante l'adozione della delibera di proposizione dell'azione.

Il regime della prescrizione definito dall'art. 2949 cod. civ. vale anche per l'azione dei creditori sociali e dei singoli creditori, anche se la natura pacificamente extracontrattuale di queste ultime azioni fa propendere per l'inapplicabilità a queste fattispecie della sospensione del termine per il periodo in cui gli amministratori sono in carica⁽³³⁷⁾.

L'art. 2393-bis cod. civ. ammette altresì l'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza, da parte di tanti soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale, o la misura diversa prevista dallo statuto, comunque non superiore ad un terzo del capitale, ovvero, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, da tanti soci che rappresentino almeno un quarantesimo del capitale, o la misura minore stabilita dallo statuto. L'azione *ex art. 2393-bis* è comunque azione sociale di responsabilità perciò, quantunque sia promossa dalla minoranza, va a vantaggio della società e non dei soci promotori.

2004, 799, che fa leva su considerazioni di ordine sistematico, rinvenendo nel terzo comma dell'art. 2393 un elemento di necessaria novità, altrimenti incomprensibile, rispetto alla disciplina della prescrizione delineata dagli artt. 2941 e 2949 cod. civ. Problemi circa la qualificazione giuridica del termine sorgono anche in riferimento al periodo quinquennale per l'esercizio dell'azione individuale da parte del socio o del terzo: l'interpretazione letterale dell'art. 2395 cod. civ. farebbe propendere per la decadenza, ma siffatta rappresentazione parrebbe inappropriata «sotto un profilo funzionale e sistematico». Così ZAMPERETTI, *Azione individuale del socio e del terzo*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario artt. 2325-2409 c.c.*, Bologna, 2004, 830.

⁽³³⁷⁾ Sul punto, si rinvia a FRANZONI, *op. cit.*, 414.

Anche i creditori sociali hanno legittimazione all'azione di responsabilità, solo che in questo caso la natura della responsabilità è extracontrattuale. È una responsabilità per violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, visto che esso costituisce l'unica garanzia per i creditori sociali. Naturalmente, il danno ingiusto si concretizza solo nell'ipotesi in cui il patrimonio sociale sia insufficiente al soddisfacimento dei crediti. Trattasi di azione autonoma, e non surrogatoria⁽³³⁸⁾, come dimostrato dall'art. 1394, comma 4, cod. civ., che ammette la proposizione dell'azione anche a fronte di rinuncia dell'azione da parte della società, e come confermato dalla legge fallimentare, che ribadisce la duplicità di azioni anche in capo al curatore. Viceversa, la transazione intervenuta in relazione all'azione sociale impedisce la proposizione dell'azione dei soci, fatta salva l'impugnazione della transazione mediante azione revocatoria, ove ne sussistano i requisiti. In caso di esito positivo dell'azione sociale, la reintegrazione del patrimonio della società impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori, essendo venuto meno il presupposto della diminuzione patrimoniale.

La disciplina della prescrizione, come già detto, presenta una rilevante differenza rispetto all'azione sociale, vale a dire che il termine pur sempre quinquennale non è sospeso finché durano in carica gli amministratori.

L'ultima azione civile verso gli amministratori è quella che compete a singoli soci o terzi per i danni dolosamente o colposamente

⁽³³⁸⁾ Ciò comporta che gli amministratori non potranno opporre ai creditori le eccezioni opponibili alla società. Sull'argomento, per tutti si veda CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, V ed., Torino, 2010, 269 il quale ricorda come siffatta opinione sia prevalente, anche se non pacifica.

arrecati loro dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni. Il danno deve essere diretto, come ad esempio nel caso di illegittima esclusione dalla ripartizione degli utili, e non riflesso, cioè conseguenza sul patrimonio del socio o del terzo di un danno cagionato in primo luogo alla società. Per il risarcimento del danno riflesso, è necessario esperire l'azione sociale di responsabilità. Anche in questa ultima fattispecie la prescrizione è di cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il diritto del socio o del terzo.

4. Le differenze tra responsabilità erariale e responsabilità civilistica – Ribadito che la Corte di cassazione ritiene applicabile l'ordinario regime civilistico della responsabilità agli amministratori di società a partecipazione pubblica, è opportuno confrontare detto regime con il sistema di tutela giuscontabile, applicato fino al *revirement* del 2009. L'azione di responsabilità amministrativa, infatti, presenta radicali differenze rispetto all'azione di responsabilità civilistica: non si rinvencono aree di sovrapposibilità tra le due diverse discipline. La prima azione è obbligatoria, sanzionatoria, richiedente il dolo o la colpa grave, è intrasmissibile agli eredi, mentre la seconda è ripristinatoria, attivabile a prescindere dal grado di colpa dell'agente, trasmissibile agli eredi.

In dottrina si sono affermate due posizioni, antitetiche, circa il regime di responsabilità nelle società a capitale pubblico, che rispecchiano gli orientamenti affermatasi nella giurisdizione di legittimità nel 2003 e nel 2009. Una prima teoria, pubblicistica, assimila sotto il profilo della responsabilità dette società agli enti pubblici, con la conseguente giurisdizione contabile operante in via esclusiva, ovvero in via concorrente data la diversità dei presupposti delle due azioni di

responsabilità. La seconda, privatistica, dà preminenza all'aspetto formale di soggetto societario, talché il possesso pubblico del capitale non si ritiene alteri l'essenza della società medesima, con conseguenziale applicabilità esclusiva dell'azione ordinaria di responsabilità⁽³³⁹⁾.

Le differenze sostanziali e processuali tra le due azioni di responsabilità di che trattasi sono significative e riguardano l'iniziativa, le finalità, i termini di prescrizione, la trasmissibilità agli eredi, la solidarietà, l'elemento soggettivo.

L'azione per l'accertamento della responsabilità amministrativa è ad iniziativa d'ufficio ed obbligatoria. La responsabilità è intrasmissibile agli eredi. Non è previsto il concorso di azioni a tutela del credito, quali le azioni revocatoria, surrogatoria e di simulazione. Il termine di prescrizione è quinquennale e decorre dalla data di verifica del danno, ovvero dalla sua conoscibilità oggettiva da parte dell'amministrazione danneggiata. Può intervenire la limitazione negli effetti data dal potere riduttivo, mentre non si applica l'art. 1225 cod. civ. sulla limitazione del danno a quello prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione. Negli organi collegiali sono responsabili coloro i quali abbiano espresso voto favorevole alla delibera dannosa. È richiesta almeno la colpa grave.

Differenti sono le caratteristiche dell'azione di responsabilità esperibile dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. L'azione non è officiosa ma a domanda di parte. La responsabilità risarcitoria si trasmette agli eredi. Il credito può essere tutelato a mezzo delle già menzionate azioni revocatoria, surrogatoria e di simulazione. La prescrizione è quinquennale e decorre dalla data di realizzazione del

⁽³³⁹⁾ Sulla diafrisa dottrinale tra privatisti e pubblicisti si rimanda a STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 343 ss.

danno, ma il termine è sospeso fintanto che l'amministratore è in carica. Non è previsto alcun potere riduttivo dell'addebito. In seno agli organi collegiali è responsabile chi non abbia fatto constare a verbale il proprio dissenso. È sufficiente la colpa lieve.

Detto della non sovrapponibilità delle due azioni, l'altra problematica che emerge attiene alla ipotetica concorrenza tra dette azioni⁽³⁴⁰⁾. Nonostante parte della dottrina abbia espresso gravi perplessità sul coordinamento tra azione contabile ed azione risarcitoria civile⁽³⁴¹⁾, va rimarcato che la giurisprudenza si è espressa chiaramente sulla «non interferenza» tra i due giudizi che ne scaturiscono, anche nel caso in cui l'unico danneggiato sia l'ente pubblico. Infatti, l'utilizzo dei due procedimenti giurisdizionali concorrenti, analogamente con quanto avviene per qualsiasi iniziativa diretta, transattiva, recuperatoria o risarcitoria, non determina effetti preclusivi, ma tutt'al più decurtanti dell'azione per danno erariale, salvo che in sede civile venga pronunciata una sentenza definitiva pienamente satisfattiva. L'unico limite al concorso di azioni, dunque, è dato dal divieto di doppia condanna del responsabile per il medesimo fatto, che scongiura i timori di duplicazione del risarcimento a carico degli amministratori di società

⁽³⁴⁰⁾ PAJNO, *Rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 986 ss., in presenza di «segnali [...] obiettivamente ambigui» rileva come il potere della Corte dei conti dovrebbe essere «esclusivo o tendenzialmente alternativo». Nondimeno, non sarebbe destituita di fondamento una diversa lettura, ravvisante la «concorrenza delle tutele».

⁽³⁴¹⁾ SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 56 propende per la concorrenza tra giurisdizioni, ma con la «regola della preclusione reciproca» nel caso in cui il danneggiato abbia ottenuto in via giudiziaria la piena soddisfazione delle proprie ragioni. Sul rischio di duplicazione di azioni si veda anche STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 365.

partecipate⁽³⁴²⁾. In altre parole, quand'anche sul medesimo fatto materiale siano coinvolti due giudici, l'interferenza che verrebbe a determinarsi sarebbe tra giudizi e non tra giurisdizioni. Più in particolare, la Cassazione ha affermato che la coesistenza di due diverse azioni risarcitorie non determina un conflitto tra giurisdizioni, bensì tra titoli risarcitori o riparatori, che si esplicita in sede esecutiva⁽³⁴³⁾.

Invero è difficile rinvenire la complementarità tra le due azioni, oltre che per le differenze di *ratio* e di disciplina, anche sotto il profilo del parametro di giudizio da applicare: l'azione civilistica si basa sulla *business judgement rule*, che comporta una valutazione di razionalità *ex ante*⁽³⁴⁴⁾, mentre l'azione giuscontabile, pur nella insindacabilità delle scelte imprenditoriali⁽³⁴⁵⁾, presuppone la «conformità delle condotte alle

⁽³⁴²⁾ Il ragionamento è sviluppato, con dovizia di citazioni giurisprudenziali, da TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 12. Invero, l'Autore si riferisce al caso di concorrenza tra azione di responsabilità amministrativa o contabile e azione civile, o costituzione di parte civile, da parte della P.A. danneggiata, ma a parere di chi scrive nulla vieta di estendere la medesima logica alla concorrenza tra azione contabile ed azione civile in ambito societario. In entrambi i casi, infatti, vengono a coesistere due differenti azioni, causate dalla medesima condotta, ma volte al ristoro del medesimo danno, per cui l'unico limite ragionevole che possa imporsi al concorso sopra delineato è il divieto di duplicazione del risarcimento, che potrà invece decurtare le pretese avanzate in sede giuscontabile in caso di sentenza civile cui consegua l'integrale recupero del pregiudizio arrecato.

⁽³⁴³⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 8 marzo 2005 n. 4957, in *Riv. Corte conti* 2005, 2, 202.

⁽³⁴⁴⁾ Valutazione del grado di diligenza impiegato nell'assunzione delle scelte gestorie, nonché della razionalità di tali scelte in rapporto ai fini istituzionali dell'ente, valutazione da effettuare con riferimento al momento in cui gli amministratori avevano operato ed in relazione alle esigenze che allora si erano presentate in concreto.

⁽³⁴⁵⁾ Sancita dall'art. 3 l. 20 dicembre 1996 n. 639, secondo cui è perentoriamente esclusa ogni *potestas judicandi* del giudice contabile in ordine alla discrezionalità della scelta. Antecedentemente all'entrata in vigore della norma citata, la Corte dei conti aveva comunque elaborato una linea giurisprudenziale in merito alla valutazione della discrezionalità amministrativa, escludendo la legittimità

norme pubblicistiche, che prescrivono azioni e comportamenti tipizzati, necessariamente da valutare *ex post*»⁽³⁴⁶⁾. Si può concludere sostenendo che le due azioni non sono fungibili o intercambiabili: all'adozione dell'una piuttosto che dell'altra deriva inevitabilmente un regime giuridico differente, con conseguenti differenti modalità di tutela per il soggetto danneggiato⁽³⁴⁷⁾.

Ulteriore profilo di conflittualità tra le due azioni di responsabilità è dato dalla destinazione del risarcimento conseguito. Mentre l'azione civilistica mira alla reintegrazione del capitale sociale, con benefici per tutti gli azionisti, l'azione promossa dal Procuratore contabile può ottenere benefici solo a favore dell'erario, non essendoci alcuna norma che preveda diversamente⁽³⁴⁸⁾.

Per quanto attiene all'elemento soggettivo, ai termini di prescrizione e alla solidarietà, l'ambito di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica parrebbe ampliarsi. La responsabilità civilistica, a differenza di quella erariale, si realizza anche in presenza di colpa lieve, per cui una condotta non rilevante per la magistratura contabile lo potrebbe diventare agli occhi di un giudice

della scelta in caso di sua «accertata irrazionalità o estraneità» ai fini istituzionali dell'ente, ovvero in caso di scelte discrezionali «che, eccedendo i limiti della ragionevolezza, sconfinano nell'arbitrio e sono perciò viziate di illegittimità per eccesso di potere». Cfr. NICOLETTI, *La responsabilità amministrativa nel contesto della pubblica amministrazione*, in *Riv. Corte conti* 2011, 1-2, 464.

⁽³⁴⁶⁾ L'osservazione è di TORCHIA, *op. ult. cit.*, 15, la quale ritiene che vadano escluse dal sindacato della Corte dei conti quanto meno le scelte basate sull'ordinario rischio d'impresa.

⁽³⁴⁷⁾ Sulla problematicità di coordinamento tra azione civile ed azione contabile, si rinvia a PINOTTI, *op. cit.*, 358, che si sofferma sulla impossibilità di configurare l'azione del Procuratore presso la Corte dei conti tanto come *actio pro societate* che come *actio pro socio*.

⁽³⁴⁸⁾ ROMAGNOLI, *La società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, cit., 481.

civile. Allo stesso modo, l'amministratore vede allungarsi il termine di prescrizione segnatamente riguardo all'azione di responsabilità nei confronti della società: pur in presenza del medesimo *dies a quo* per entrambe le azioni di responsabilità, il *dies ad quem* varia in misura rilevante. Infatti, mentre in caso di danno erariale non sono previsti casi di sospensione od interruzione del termine, ai sensi del codice civile il termine è sospeso fin tanto che l'amministratore dura in carica, il che può portare il termine ad allungarsi anche di molti anni. Sotto il profilo della solidarietà, mentre secondo le regole della responsabilità erariale è sanzionato solo l'amministratore che abbia votato a favore della delibera che cagiona il danno, secondo il codice civile è responsabile in solido l'amministratore che non abbia fatto constare per iscritto il proprio dissenso, dandone comunicazione al presidente del collegio sindacale. La procedura per esimersi da responsabilità nelle decisioni collegiali, dunque, è più gravosa nel giudizio ordinario.

Concludendo quest'ultimo ragionamento, pare di poter affermare senza timore di smentita che il regime di responsabilità tratteggiato dalla giurisprudenza delle Sezioni unite a partire dal 2009 per gli amministratori di società pubbliche non possa definirsi migliorativo o peggiorativo rispetto al precedente nell'ottica dell'amministratore di società a partecipazione pubblica, né che abbia chiuso in modo definitivo il dibattito sull'argomento. L'unica conseguenza incontrovertibile che si può trarre è che viene scongiurata la possibilità del concorso di azioni.

CAPITOLO IV: CONCLUSIONI

SOMMARIO – 1. Riflessioni conclusive – 2. Possibili scenari futuri – 2.1. Distinzione tra società di mercato e «semi-amministrazioni» – 2.2. Adozione di modelli organizzativi inequivoci – 2.3. Responsabilizzazione dell'azionista pubblico – 2.4. Emersione di figure sintomatiche di pubblicità.

1. Riflessioni conclusive – In estrema sintesi, lo sviluppo registrato finora dalla problematica attinente ai profili di responsabilità erariale di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica può essere riassunto nei seguenti termini.

L'attuale regime di responsabilità per danno erariale di dipendenti ed amministratori di società a partecipazione pubblica è retto dal «combinato disposto» dell'articolo 16-*bis* l. 31 del 2008 e delle sentenze di cassazione del 2009⁽³⁴⁹⁾.

La legge n. 31 del 2008 opera una prima distinzione: da un lato le società quotate a partecipazione pubblica minoritaria, per le quali si configura una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, dall'altro le società non quotate e a partecipazione pubblica maggioritaria, in merito alle quali nulla viene previsto. In seguito alle note pronunce del 2009, anche queste ultime società sarebbero soggette all'autorità giudiziaria ordinaria. Le uniche eccezioni alla giurisdizione esclusiva ordinaria sono due: la giurisdizione della Corte dei conti si estende in primo luogo ai

⁽³⁴⁹⁾ IBBA, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, cit., 17 nota che la Cassazione ha di fatto «enunciato sia la regola (giurisdizione ordinaria) che l'eccezione (giurisdizione contabile)».

cosiddetti danni diretti al patrimonio dell'ente pubblico socio, di cui è esponenziale il danno all'immagine; in secondo luogo ai danni cagionati alle società «speciali», ritenute queste ultime analoghe alla pubblica amministrazione. Discorso a parte va fatto per i rappresentanti dell'ente pubblico indiretto danneggiato: nel caso in cui essi omettano di esperire l'azione di responsabilità civilistica per *mala gestio* degli amministratori, sono soggetti alla giurisdizione contabile. A sua volta, però, anche la prima delle menzionate eccezioni soffre di rilevanti limitazioni: a mente dell'art. 17, comma 30-ter l. 102 del 2009, infatti, il danno all'immagine è perseguibile dalla Procura contabile esclusivamente in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna per reati contro la pubblica amministrazione⁽³⁵⁰⁾.

La portata innovativa della recente giurisprudenza risiede nella preminenza attribuita alla responsabilità degli organi sociali verso la società e verso i soci o i terzi, rispetto alla responsabilità amministrativa, la quale emergerebbe solo in un secondo momento, in capo a chi nell'ente pubblico avrebbe dovuto esercitare l'azione a tutela del socio pubblico e sia rimasto inerte. Viene operata la distinzione tra danni patiti direttamente dalla società, per i quali il rimedio rimane l'ordinaria azione di responsabilità *ex art. 2393 o 2395 cod. civ.*, e danni sofferti direttamente dall'ente pubblico socio, quali ad esempio il danno all'immagine.

Da un punto di vista normativo, dunque, eccezion fatta per l'art. 16-bis della l. 31 del 2008, che è peraltro unanimemente ritenuto un

⁽³⁵⁰⁾ L'art. 17, comma 30-ter l. 3 agosto 2009, n. 102 nei fatti rende meno agevole il perseguimento del danno all'immagine tant'è che esso è stato definito «improvvido» da TENORE, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle S.p.a. a partecipazione pubblica*, cit., 103.

intervento non risolutore e che anzi ha lasciato inalterate le perplessità della dottrina sull'argomento, si rileva la mancanza di norme *ad hoc*, sebbene il legislatore abbia spesso dettato disposizioni specifiche, in altri ambiti, per le società a partecipazione pubblica, ad esempio limitando i compensi degli amministratori, riducendo i membri dei consigli di amministrazione, estendendo alle società gli obiettivi di risparmio imposti dal patto di stabilità e le discipline relative agli appalti ed al reclutamento del personale previste per le amministrazioni pubbliche. Resta aperto perciò il problema del conflitto tra giurisdizione erariale e giurisdizione ordinaria in materia di responsabilità.

Il vuoto normativo sopra evidenziato è stato colmato dalla giurisprudenza della Cassazione, che ha tuttavia espresso orientamenti tra loro contrastanti: il contrasto, lungi dall'essere risolto dai ripetuti interventi delle Sezioni unite, permane tutt'oggi.

Il dibattito relativo alla giurisdizione non è scevro di conseguenze sul piano sostanziale, poiché dalla soluzione adottata dipende l'applicazione di modelli di responsabilità tra loro diametralmente opposti, con conseguenti radicali differenze sotto tutti gli aspetti: iniziativa del procedimento, termini di prescrizione, elemento oggettivo e soggettivo, solidarietà.

Da un lato vi è l'orientamento che, per estendere la giurisdizione contabile alle società partecipate, dà preminenza al dato sostanziale, che privilegia quindi gli aspetti della pubblicità delle risorse utilizzate dalla società e del supposto rapporto di servizio tra amministratori della società ed amministrazione pubblica azionista⁽³⁵¹⁾.

⁽³⁵¹⁾ La dottrina più attenta alle problematiche circa l'utilizzo delle risorse pubbliche aveva salutato con favore l'apertura giurisprudenziale del dicembre 2003, ponendo l'accento sull'«incidenza negativa del lapidario [precedente] indirizzo

Dall'altro vi è l'orientamento che, al fine di applicare alle società a partecipazione pubblica la giurisdizione ordinaria, valorizza l'essenza di soggetto privato della società, a prescindere dalla natura pubblica dei soci, e nega l'esistenza di alcun rapporto di servizio tra amministrazione pubblica e amministratori e dipendenti della società partecipata. Coerentemente col ragionamento di cui sopra, la Suprema corte ha perciò affermato che una società di capitali non muta la propria natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che uno o più azionisti siano soggetti di diritto pubblico, poiché non è permesso all'ente pubblico di incidere unilateralmente sulla amministrazione societaria mediante l'utilizzo di poteri autoritativi o discrezionali. Viceversa, l'ente può influire sulla società, nella sua veste di socio, mediante gli strumenti ordinari previsti dal codice civile, attraverso i membri di nomina pubblica degli organi societari⁽³⁵²⁾. Fa da contraltare all'irresponsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti della società la soggezione all'azione giuscontabile dei rappresentanti dell'ente nell'assemblea dei soci e degli amministratori dell'ente stesso, ogniquale volta costoro abbiano tralasciato di esperire l'ordinaria azione di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali in caso di *mala gestio*. Secondo l'orientamento in parola, la responsabilità erariale si applica, per contro, alle società che presentano tali e tante deviazioni dal modello codicistico da renderle assimilabili a vere e proprie

ostativo delle Sezioni Unite» in un contesto di incisiva privatizzazione dell'apparato pubblico. In questi termini TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 43.

⁽³⁵²⁾ Su questa linea si attestano Cass., Sez. un., 6 maggio 1995 n. 4991, cit. e Cass., Sez. un., n. 4989 di pari data, cit. Si rifà allo stesso orientamento Cass., Sez. un., 15 aprile 2005 n. 7799, in *Foro it.* 2005, I, 2728 con nota di URSI, *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario nella in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica*.

amministrazioni pubbliche. Detto filone giurisprudenziale pare quello attualmente prevalente, anche se non può definirsi pacifico⁽³⁵³⁾.

Ebbene, ciascuna delle impostazioni sopra sintetizzate ha l'indiscutibile pregio di sottolineare i punti meno convincenti dell'altra. Come già visto al capitolo precedente, infatti, i fautori dell'impostazione sostanzialistica sottolineano a ragione che le società a partecipazione pubblica sono per forza di cose società particolari, dove l'interesse dei singoli soci coesiste con quello pubblico perseguito dal socio pubblico. Tuttavia, potrebbe apparire forzata l'estensione del rapporto di servizio agli amministratori ed ai dipendenti della società partecipata: se un rapporto di servizio si può configurare, esso sussiste tutt'al più tra l'ente pubblico e la società partecipata, e non tra l'ente pubblico e le persone fisiche degli amministratori e dei dipendenti della società. La Corte dei conti stessa non ha mai ritenuto gli amministratori di società qualificabili come soggetti di diritto pubblico, assoggettabili alla giurisdizione contabile in via automatica⁽³⁵⁴⁾. Dal canto suo, la Cassazione ha riconosciuto che il rapporto di servizio si può anche instaurare con le

⁽³⁵³⁾ Le posizioni favorevoli alla giurisdizione contabile sono confermate da altre pronunce delle Sezioni unite, riguardanti società interamente private, ma comunque vincolate all'amministrazione da rapporto di servizio. Si tratta delle ordinanze Cass., Sez. un., 3 marzo 2010 n. 5019, in *Foro it.* 2010, I, 3101 ed in *Dir. e giust.* 2010, con nota di CORRADO, *Criteri di ripartizione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in caso di danno erariale causato dall'illegittima erogazione di fondi pubblici in favore di una Srl*, Cass. 3 luglio 2009 n. 15599, in *Foro it.* 2010, I, 1534 e Cass. 4 dicembre 2009 n. 25499, in *Banca dati Dejure*. Sostanzialmente conforme la meno recente ordinanza Cass. 22 gennaio 2002 n. 715, in *Riv. Corte conti* 2002, 2, 277.

⁽³⁵⁴⁾ Così Corte conti, sez. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114, segnatamente l'articolato ragionamento sviluppato ai punti 1.3 e seguenti della motivazione, in *www.corteconti.it* ed in *Resp. civ. prev.* 2007, 441 (s.m.), con nota di ALFIERI, *L'azione di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica tra giurisdizione e normativa europea*.

persone degli amministratori in casi particolari, come quando essi realizzano, nell'esercizio delle proprie funzioni, condotte fraudolente ai danni della società amministrata, tese al conseguimento di un profitto illecito a danno dell'ente pubblico⁽³⁵⁵⁾.

Inoltre, l'apparato di regole pubblicistiche determina una giurisdizione inquisitoria, quella della Corte dei conti, che va a sindacare il merito contabile, relativo al rapporto meramente quantitativo tra obbiettivo fissato e costi sostenuti, con conseguente valutazione sulla dispersione di risorse pubbliche, che pare poco idonea alla tutela degli altri soggetti che, operando nel mercato, si pongono in relazione con la società a partecipazione pubblica⁽³⁵⁶⁾.

Ancora, non vi è alcun punto fermo sulle tipologie di società assoggettabili al regime di responsabilità amministrativa: basta una percentuale anche minima di azionariato pubblico per attrarre l'intera società nell'alveo pubblicistico della responsabilità? Sebbene l'ordinanza n. 19667 del 2003 riguardasse un ente pubblico e non una società partecipata, il recepimento rigoroso del criterio di collegamento sviluppato in detto pronunciamento, vale a dire l'utilizzo di risorse pubbliche da parte della società per azioni, potrebbe indurre a ritenere astrattamente determinante una qualunque partecipazione pubblica, seppure minima, nel capitale di una società al fine di estendere a dipendenti ed amministratori la responsabilità giuscontabile, «il che è

⁽³⁵⁵⁾ In tal senso si è espressa Cass., sez. un., 4 novembre 2009 n. 23332, in *Foro it.* 2010, I, 1534.

⁽³⁵⁶⁾ Come evidenziato, tra i tanti, da IBBA, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, cit., 15 ss.

probabilmente troppo, anche per coloro che di quel criterio sono fautori»⁽³⁵⁷⁾).

Da ultimo, non bisogna dimenticare che l'interpretazione estensiva è sprovvista di un fondamento legislativo espresso e, altra conseguenza tutt'altro che risibile, sovrappone in capo al medesimo soggetto due tipi di responsabilità diverse, tra loro difficilmente coordinabili, ciascuna orientata da una specifica *ratio*.

Dall'altro lato, l'impostazione formalistica correttamente pone in risalto il carattere squisitamente privato del soggetto societario⁽³⁵⁸⁾, nondimeno tralascia di considerare come l'eventuale danno cagionato alla società non possa non riverberarsi sull'ente pubblico e, quindi, sulla collettività⁽³⁵⁹⁾. Un tanto a maggior ragione in caso di società partecipate totalitariamente dalla pubblica amministrazione, come le società strumentali e le società *in house*. Tanto le prime che le seconde, oltre ad avere un azionariato interamente in mano alla P.A., presentano

⁽³⁵⁷⁾ Così IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica*, cit., 147.

⁽³⁵⁸⁾ Peraltro, TORCHIA, *op. ult. cit.*, 9, richiamando il caso Agip dell'inizio del secolo scorso, ricorda che il criterio formale secondo cui al soggetto privato vadano applicate regole privatistiche e a quello pubblico regole pubblicistiche va svalutato, alla luce del fatto che «al contrario di quanto si tende a credere, pubblico e privato non hanno un valore normativo assoluto, ma sono solo concetti di teoresi». Concordi ZAMBARDI-ASTEGIANO, *op. cit.*, 31: «alla semplice costituzione di una società per azioni o a responsabilità limitata da parte di un ente pubblico non consegue necessariamente la natura privata della società».

⁽³⁵⁹⁾ Gli enti pubblici intervengono finanziariamente a più riprese nei confronti delle proprie partecipate. Forniscono il capitale sociale e ripianano le perdite d'esercizio, ma il più delle volte sovvenzionano ulteriormente le società. Un'indagine della Corte dei conti sulle società interamente regionali, basata sui dati dei bilanci 2010, i cui risultati sono stati rielaborati da Il sole 24 ore, ha evidenziato che a livello consolidato il passivo del 2010 è stato di 92,6 milioni, ma a questa somma vanno sommate erogazioni di contributi per 779,27. Il sole 24 ore del 29 settembre 2012, 3.

caratteristiche tali da farle ritenere parte integrante dell'amministrazione controllante: si allude ai noti requisiti fissati dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 per la prima tipologia, e di quelli enucleati dalla giurisprudenza comunitaria per la seconda⁽³⁶⁰⁾. L'azione di responsabilità civilistica, che secondo la tesi in questione è l'unica esercitabile a propria tutela dal socio pubblico in caso di danno indiretto anche nelle ipotesi di società *in house*, secondo il sommesso parere di chi scrive non pare sufficiente a tutelare le pubbliche finanze da eventuali abusi, come evidenziato dal caso recente, esaminato al capitolo precedente, riguardante appunto una società a partecipazione totalitaria *in house*. Nel caso concreto qui richiamato, la condotta degli amministratori aveva cagionato danni patrimoniali diretti alla società, ma solamente indiretti all'azionista pubblico, ragion per cui la giurisdizione contabile è stata negata⁽³⁶¹⁾. In secondo luogo, i giudici hanno ripudiato il criterio di collegamento del rapporto di servizio, negandone l'esistenza nei singoli casi concreti. Tuttavia, le società *in house* per definizione vanno considerate come emanazione diretta della pubblica amministrazione controllante. Nella fattispecie, la differenza tra danno diretto e danno indiretto parrebbe scemare. Anzi, andrebbe valorizzato l'aspetto essenziale secondo cui le società di autoproduzione, nella volontà espressa a più riprese dal legislatore e nella visione della

⁽³⁶⁰⁾ Vale la pena di ribadire quali sono detti requisiti. Le società strumentali sono quelle «a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza», mentre le *in house* sono società a partecipazione totalitaria pubblica, soggette a controllo analogo da parte dell'ente socio e la cui attività è destinata prevalentemente al medesimo ente socio.

⁽³⁶¹⁾ Si allude alle pronunce riguardanti le società Insiel S.p.a. ed Autovie venete S.p.a., già citate in precedenza.

giurisprudenza, sono trattate in tutto e per tutto come società speciali, assimilabili senz'altro alla P.A. socia, al fine di estendere l'equiparazione anche per quanto attiene ai profili di responsabilità.

Evidentemente, per addivenire ad una soluzione accettabile può essere utile cambiare l'approccio alla questione, superando la dicotomia pubblico-privato, che ha condotto finora a soluzioni inadeguate.

In quest'ottica, va tenuto presente che il cambio di orientamento operato dalla giurisprudenza a partire dal 2003, che ha visto applicare il regime pubblicistico di responsabilità ad amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici, è maturato in un contesto di grandi cambiamenti nel sistema amministrativo italiano. Fino ad allora, l'ente pubblico aveva rappresentato il modello più avanzato di intervento diretto dello Stato nell'economia, che è tramontato con la stagione delle privatizzazioni, venendo sostituito dall'esercizio di attività d'impresa da parte dello Stato mediante lo strumento ordinario previsto per i privati, vale a dire le società commerciali. A questo radicale cambiamento nella realtà economica non è seguita la parallela riscrittura delle regole sulla responsabilità, con tutte le conseguenze negative che si è cercato di porre in luce nel corso della trattazione, riconducibili all'applicazione di modelli sanzionatori o recuperatori a fattispecie diverse da quelle per le quali sono stati in origine pensati e disciplinati.

A tutt'oggi pare difficile conciliare i due modelli organizzativi e di responsabilità, quello tipicamente burocratico della pubblica amministrazione e quello ancorato al solo codice civile. Il primo è improntato a criteri di prudenza, caratteristico di chi gestisce una cosa altrui, mentre il secondo è retto dall'inevitabile alea d'impresa. In merito, è stato acutamente osservato che si può essere considerati «imprenditori

a mente del codice civile fino a dove non si è tenuti a rispondere alla Corte dei conti»⁽³⁶²⁾).

L'inconciliabilità delle opposte formulazioni teoriche sul tema della responsabilità si interseca con l'inadeguatezza dell'attuale quadro giuridico complessivo delle società a partecipazione pubblica, che nella sua disorganicità ed instabilità non appare idoneo né a perseguire le finalità di interesse generale, né a consentire una gestione efficace ed efficiente in senso privatistico. I ruoli dei soggetti coinvolti, socio pubblico ed organo amministrativo, non sono definiti con chiarezza e sono esposti ai continui cambi di orientamento della giurisprudenza, con conseguente condizione di incertezza dal punto di vista delle responsabilità. Tale ultima circostanza può portare alla paralisi gestionale.

L'andamento fortemente ondivago della giurisprudenza, unito ai disorganici ed estemporanei interventi del legislatore con provvedimenti *omnibus* come i decreti mille proroghe, fa sì che da un lato rimanga indebolito il presidio a tutela della finanza pubblica, rappresentato dal controllo della Corte dei conti, mentre dall'altro che non vi sia chiarezza sul regime di responsabilità imputabile ai dipendenti e soprattutto agli amministratori delle società a partecipazione pubblica, cosicché costoro opereranno in un contesto normativo privo di punti fermi. Tutto ciò può porre le basi per le condotte disinvolute da parte dei soggetti più

⁽³⁶²⁾ FRACANZANI, *op. cit.* La necessità di distinguere «le perdite conseguenti al normale rischio d'impresa da quelle più propriamente qualificabili in termini di danno erariale, onde evitare che qualunque riduzione del patrimonio sociale (anche quelle imputabili all'attività imprenditoriale e ricadenti nel rischio d'impresa), possa essere qualificata in termini di danno all'erario» è sottolineata da SINISI, *Questioni di responsabilità amministrativa nell'ambito dell'impresa pubblica vecchi e nuovi dubbi*, cit., 2999.

spregiudicati, come pure può portare all'inerzia i soggetti più prudenti, frenati dal rischio di future contestazioni. In questa situazione urge più che mai un intervento del legislatore che, tenendo in debita considerazione l'importanza che rivestono le società pubbliche nel moderno tessuto amministrativo ed economico, predisponga sistemi di controllo più incisivi e penetranti di quelli ordinari nei confronti dei soggetti assimilabili in tutto e per tutto alla pubblica amministrazione.

2. Possibili scenari futuri – Il legislatore, nel suo auspicabile intervento volto al riordino della complessa materia delle società a partecipazione pubblica, oltre che al delicato profilo della responsabilità dei dipendenti e degli amministratori dovrebbe occuparsi dei singoli elementi di specialità rispetto al diritto comune, interrogandosi su quali aspetti siano realmente funzionali al perseguimento del pubblico interesse e quali invece vadano espunti dal regime speciale, in quanto afferenti al normale potere dell'azionista di concorrere a definire l'organizzazione e l'operatività dalla società. Non mancano Autori che hanno sottolineato il carente stato della legislazione in merito, definita «disordinata e contraddittoria, alla quale è davvero difficile attribuire significati congrui e che è davvero difficile ordinare e coordinare con il sistema del diritto societario»⁽³⁶³⁾.

Sulla necessità di dare «organicità ed ordine al deficitario quadro normativo che attualmente si presta alle più disparate

⁽³⁶³⁾ La critica più decisa è di IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 1, che mette in luce come i provvedimenti in materia siano «oltre che tecnicamente sprovvisti e completamente privi di una visione d'insieme del fenomeno [...] viziati da sconcertanti trascuratezze».

interpretazioni»⁽³⁶⁴⁾, mediante un intervento questa volta sì davvero risolutivo sembrano essere tutti d'accordo in dottrina, privatisti e pubblicisti.

Per contro, si registrano divergenze di vedute sulle linee che il legislatore dovrebbe seguire nell'intento di razionalizzare il quadro normativo in materia di responsabilità. Ipotizzando una ripartizione giurisdizionale che poggi sull'entità della partecipazione, la questione sulla giurisdizione andrebbe risolta prendendo come criterio discriminante la misura della quota, che può essere totalitaria, maggioritaria, minoritaria di controllo e minoritaria non di controllo⁽³⁶⁵⁾.

Intuitivamente, riconoscere la responsabilità giuscontabile nella prima ipotesi e quella civile nell'ultima sarebbe difficilmente criticabile. In caso di partecipazione totalitaria, infatti, vi sarebbe piena coincidenza effettiva tra interesse sociale ed interesse dell'unico socio pubblico, per cui l'affermazione di una diversa giurisdizione parrebbe una facile scorciatoia per esimersi dal controllo della Corte dei conti in una fattispecie che possiede tutte le caratteristiche per esservi, invece, soggetta. In questo caso, verrebbero meno, in parte, le perplessità avanzate dalla dottrina privatistica, essendovi perfetta identità tra il danno alla società e quello al socio pubblico. Questa tesi, sebbene non del tutto destituita di fondamento, contrasta con le recenti posizioni della Cassazione, che nei più volte richiamati casi relativi ad Insiel S.p.a. e ad Autovie venete S.p.a. ha dato preminenza alla formale veste societaria dei soggetti coinvolti.

Nell'ultima ipotesi, per converso, l'interesse sociale e quello del socio pubblico possono divergere. Il socio pubblico, mediante una

⁽³⁶⁴⁾ L'espressione è di STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 370.

⁽³⁶⁵⁾ MAURO, *op. cit.*, 322.

partecipazione minoritaria, non può indirizzare la gestione sociale verso fini diversi da quello di lucro, che è proprio della parte di compagine sociale maggioritaria privata. L'interesse del socio pubblico, anzi, potrebbe convergere con quello privato nel perseguimento del lucro, qualificando la partecipazione pubblica come essenzialmente speculativa, sebbene tale utilizzazione del denaro pubblico potrebbe sembrare incongrua con le finalità di interesse generale demandate alla cura dello Stato. Tale ultima considerazione è rafforzata dai divieti espliciti posti recentemente alle attività speculative degli enti pubblici. In particolare, la legge finanziaria per il 2008 ha introdotto il divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire società non strettamente necessarie per i propri fini istituzionali, rimanendo ammessa la costituzione di società per la produzione di servizi di interesse generale o l'assunzione di partecipazioni in dette società, ai sensi della legge n. 69 del 2009, prevedendo inoltre l'obbligo di dismissione di dette partecipazioni non consentite. Per quanto sopra, parrebbe pacifica la giurisdizione ordinaria in merito a questa tipologia societaria⁽³⁶⁶⁾.

Le difficoltà più significative si registrerebbero invece, adottando il criterio di ripartizione qui proposto, relativamente alle società con partecipazione pubblica maggioritaria o, ad ogni modo, di controllo. Il socio pubblico persegue il proprio interesse mediante i propri rappresentanti negli organi sociali, organi sociali che vista la presenza di soci privati devono perseguire finalità lucrative, peraltro non incompatibili con la natura pubblica del socio maggioritario. In questo ipotetico conflitto tra interesse lucrativo ed interesse generale, secondo

⁽³⁶⁶⁾ MAURO, *op. cit.*, 325.

autorevole dottrina⁽³⁶⁷⁾ l'interesse privato recede dinanzi a quello pubblico, tanto più che il socio privato, nell'entrare nella compagine sociale è a conoscenza del fatto che il socio pubblico non persegue puramente e semplicemente il lucro, ma è mosso da finalità spesso antitetiche col lucro, quali finalità generali e di interesse pubblico. In caso di società a partecipazione pubblica maggioritaria, la coesistenza di soci pubblici e soci privati rende evidente la difficoltà a coordinare la giurisdizione contabile, tipica del socio pubblico, con quella ordinaria, caratteristica del socio privato e, a detta della Suprema corte, della società medesima.

Dal ragionamento sopra sviluppato si evince chiaramente che l'entità della partecipazione pubblica al capitale di una società non può costituire l'elemento discriminante tra giurisdizioni in tema di responsabilità.

2.1. Distinzione tra società di mercato e «semi-amministrazioni»

– Si può affermare senza timore di smentita che il legislatore stesso non ha tuttora individuato il regime migliore per regolare il fenomeno, lasciando di fatto la soluzione della questione alla giurisprudenza di legittimità. I ripetuti interventi legislativi esaminati nei capitoli precedenti non hanno fatto altro che alimentare ulteriori perplessità operative. Si richiama, in proposito, la novella di cui alla l. 102 del 2009, la quale ha esteso la giurisdizione della Corte dei conti a tutti gli organismi di diritto pubblico, riforma eliminata addirittura il giorno

⁽³⁶⁷⁾ Per tutti, si vedano GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in GIANNINI, *Scritti IV*, Milano, 2004, 402 ss.; OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Padova, 2004, 16.

seguito ad opera del d.l. 103 del 2009⁽³⁶⁸⁾). Delle due l'una: o il legislatore non ha ancora fissato la linea da seguire sul fenomeno, ovvero propende per la restrizione dell'ambito applicativo della responsabilità giuscontabile, in linea con quanto affermato dalla Cassazione. Ora più che mai pare improcrastinabile una soluzione di tipo normativo alle numerose perplessità applicative, alimentate dall'infinita varietà di società partecipate da enti pubblici che si riscontra nel concreto.

Come prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe auspicare il riparto di giurisdizione individuando un criterio ben più importante rispetto all'entità della partecipazione pubblica nella società, vale a dire l'esercizio o meno di un'attività amministrativa piuttosto che di un'attività imprenditoriale. Si ha la prima quando la società rappresenta per la P.A. il mezzo per l'esercizio di un'attività amministrativa di carattere strumentale o finale, mentre si ha la seconda nel caso di erogazione di servizi agli utenti in regime di concorrenza. La distinzione perciò andrebbe fatta tra pubblica amministrazione, operante sotto la veste societaria, e società commerciali a tutti gli effetti, con l'unica peculiarità di avere azionisti pubblici⁽³⁶⁹⁾. La lettura proposta è pur

⁽³⁶⁸⁾ La legge 2 agosto 2009 n. 102 di conversione del d.l. 1 luglio 2009 n. 78 aveva previsto l'ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti per mezzo dell'introduzione dell'art. 30-ter nella l. 20 del 1994 sulle competenze della magistratura contabile. Il d.l. 3 agosto 2009 n. 103, convertito in l. 3 ottobre 2009 n. 141 ha riformulato detto art. 30-ter, sopprimendo il periodo «Per danno erariale perseguibile innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti dall'art. 114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico, illecitamente cagionato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile» ed ancorando il perseguimento del danno all'immagine al contenuto dell'art. 7 della l. 97 del 2001.

⁽³⁶⁹⁾ La distinzione è suggerita da C. cost. 8 maggio 2009, n. 148, cit., e da C. cost. 1 agosto 2008 n. 326, in *Giur. cost.* 2008, 3508. La soluzione, oltre che dalla giurisprudenza costituzionale, è proposta dall'Assonime nei suoi *Principi di riordino*, già citati in precedenza, nei quali il criterio discrezionale è dato dal destinatario del

sempre fondata su criteri sostanziali, ma ha il pregio di guardare alla natura dell'attività, imprenditoriale o amministrativa, «non però attraverso la lente deformante dell'interesse pubblico che tutto in sé ingloba»⁽³⁷⁰⁾.

Prendere in considerazione l'attività svolta nel concreto può essere il migliore indicatore sul carattere, pubblico o privato, del soggetto organizzato in forma societaria: andrebbe ricercata la natura dell'attività svolta, a prescindere dalla relazione tra socio e società e dall'entità della partecipazione. Se l'attività è imprenditoriale, svolta in concorrenza, sul mercato, allora la società dovrebbe essere soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario, alla stregua di ogni altro soggetto operante con le medesime modalità. Viceversa, nel caso in cui venga svolta attività amministrativa, strumentale od esecutiva delle finalità istituzionali dell'ente socio, allora il regime di responsabilità dovrebbe essere quello amministrativo.

Secondo la classificazione qui prospettata, si dovrebbe distinguere tra società commerciali o «di mercato» da un lato e «semi-amministrazioni» dall'altro. Le prime, che agiscono in un mercato concorrenziale, operano nei confronti di una platea di utenti-clienti e la caratteristica di avere un socio pubblico è mero carattere accidentale, ragion per cui la disciplina non dovrebbe conoscere deroghe al diritto comune. Viceversa, le «semi-amministrazioni», seppure in forma societaria, svolgono funzioni amministrative nei confronti di un unico

servizio: se è l'ente pubblico, allora siamo di fronte a semi-amministrazioni, viceversa se è l'utenza, siamo di fronte ad una società vera e propria. Tale impostazione trova concorde la dottrina. Si vedano in proposito IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., 26, e CAMMELLI-Dugato, *op. cit.*, 1.

⁽³⁷⁰⁾ Così TORCHIA, *op. ult. cit.*, 16.

committente, vale a dire l'ente pubblico socio, e sono soggette a controlli da parte dell'azionista pubblico ben più stringenti rispetto a quelli ordinari. In questo caso, sembrerebbe coerente l'assoggettamento della società a norme e controlli di tipo pubblicistico, tra i quali va compresa la responsabilità amministrativa.

Ricapitolando, una possibile soluzione alla problematica della responsabilità potrebbe essere quella di ricondurre al regime pubblicistico le società esercenti attività amministrativa nelle forme del diritto privato, assoggettando invece al solo codice civile le società esercenti attività commerciale. Restano ferme, purtroppo, le ovvie obiettive difficoltà nel distinguere le due tipologie nella pratica, visto che la natura finale e strumentale di un'attività amministrativa spesso si esplica nella fornitura di servizi all'utenza, servizi suscettibili di essere espletati anche in regime di concorrenza.

2.2. Adozione di modelli organizzativi inequivoci – Visti i ripetuti interventi normativi volti a limitare significativamente il fenomeno delle partecipazioni pubbliche, i vantaggi per la P.A. ad agire mediante società per azioni, in larga parte parrebbero venire meno. L'ipotizzata maggiore snellezza nei processi decisionali delle società, infatti, ad avviso di chi scrive sembra essere vanificata dai provvedimenti che, soprattutto in tempi recenti, hanno posto tali e tanti vincoli procedurali alla generalità delle società partecipate da farle considerare, dal punto di vista operativo, alla stessa stregua degli enti pubblici che le controllano o che vi partecipano in qualità di soci⁽³⁷¹⁾. La legislazione vigente, se attuata,

⁽³⁷¹⁾ Relativamente alle società *in house*, NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove regole*, cit., 1012 sottolinea la «duplicazione amministrativistica» sottesa alla gestione imprenditoriale, che ne appesantisce l'operatività.

sembra ostacolare fortemente la costituzione, il mantenimento e la gestione di società a partecipazione pubblica, fissando tempi certi per la liquidazione e l'alienazione delle società stesse, per cui lo strumento societario nei prossimi anni potrà diventare non più utile o non più utilizzabile.

A questo punto è ipotizzabile l'inversione della tendenza all'esternalizzazione societaria «*omnibus*», che ha caratterizzato gli ultimi vent'anni della pubblica amministrazione italiana, in favore dell'adozione di modelli organizzativi e di gestione differenziati a seconda del tipo di attività effettivamente esercitata. Per espletare le funzioni pubbliche, le società che tanti problemi hanno creato agli interpreti potrebbero venire soppiantate da modelli pubblicistici, come le agenzie, per le quali nessun dubbio si pone in ordine alla disciplina applicabile, essendo esse pacificamente soggetti rientranti, formalmente e sostanzialmente, all'interno del perimetro della P.A. Per le funzioni imprenditoriali, al contrario, il modello scelto dovrebbe essere quello ad esse connaturato, vale a dire la società commerciale, con conseguente applicazione integrale del regime civilistico. Naturalmente, queste ultime funzioni andrebbero limitate al massimo, in ossequio alle disposizioni a tutela del mercato e di revisione della spesa pubblica, costituendo in futuro ipotesi marginali di operatività pubblica. I divieti introdotti, lungi dall'essere dettati da valutazioni di tipo ideologico, sono resi necessari dalla necessità di liberare il campo da «soluzioni ibride» in contraddizione con «la natura stessa dello strumento societario»⁽³⁷²⁾. E proprio in questa direzione si è mosso il legislatore nel 2012, restringendo al massimo l'ambito delle società c.d. strumentali e delle *in*

⁽³⁷²⁾ *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, cit., 19.

house. Ambito completamente diverso dovrebbe essere quello delle società di mercato, che vede delimitati con precisione innanzitutto i poteri dell'azionista pubblico, che altro non possono essere se non gli ordinari poteri riconosciuti dal codice in capo all'azionista privato, e secondariamente la sfera di autonomia e le responsabilità gestionali degli amministratori. Peraltro, il radicale ridimensionamento del sistema delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, mediante l'attuazione della dismissione delle partecipazioni non strategiche e della riduzione degli affidamenti *in house* rappresenta anche un modo per ridurre la spesa pubblica, oltre che per indirizzarsi ad una razionalizzazione del fenomeno delle partecipazioni pubbliche⁽³⁷³⁾, caratterizzata dalla privatizzazione sostanziale, in luogo di quella meramente formale osservata finora nella stragrande maggioranza dei casi.

La pubblica amministrazione, cioè, dovrebbe perseguire le proprie finalità non mediante l'intervento diretto in veste di fornitore del servizio, ovvero di azionista di società presenti sul mercato, ma dovrebbe operare in veste di regolatore, assumendo nel mercato funzioni di *policy maker* e di organismo di controllo. Questo scenario di re-internalizzazione di funzioni pubbliche e di esternalizzazione o privatizzazione sostanziale di funzioni economicamente rilevanti presuppone, tuttavia, un ripensamento radicale dell'intervento statale nell'economia, circostanza che lo rende improbabile, almeno in un futuro prossimo.

⁽³⁷³⁾ In tal senso è condivisibile l'auspicio contenuto nel rapporto Assonime 20 *proposizioni per migliorare il settore pubblico e sostenere la crescita*, 2011, 14.

2.3. Responsabilizzazione dell'azionista pubblico – Alle riflessioni fin qui formulate, si possono aggiungere ulteriori prospettive *de iure condendo*. Sarebbe auspicabile, in particolare, l'adozione di modelli organizzativi adeguati in capo all'ente, non già in capo alla società che in sé è retta dal modello civilistico. L'ente potrebbe essere tenuto ad impartire direttive di rispetto di trasparenza ed efficienza, al fine di pervenire ad una gestione aziendale sana. Tale indirizzo parrebbe essere confacente alla visione dell'azionista pubblico fornita dalla giurisprudenza di legittimità. La Suprema corte, infatti, con la sentenza n. 26806 del 2009 a ben vedere ha spostato i destinatari della responsabilità amministrativa. Vero è che la Cassazione ha escluso la giurisdizione contabile sugli amministratori di società a partecipazione pubblica, ma altrettanto vero è che tale giurisdizione è stata traslata in capo a coloro i quali, in rappresentanza dell'amministrazione azionista, avendo titolo per esercitare le azioni di responsabilità civilistiche omettano di farlo. In questo senso, la giurisdizione contabile non viene ristretta, ma più semplicemente cambia il soggetto destinatario. In effetti, siffatta chiave di lettura, accompagnata da regole stringenti sugli indirizzi di gestione tra ente e società, consente di superare alcune delle critiche mosse agli orientamenti precedenti: è pacifico che il soggetto legato all'ente pubblico azionista da rapporto di immedesimazione organica versi in una situazione tipica di rapporto di servizio, così come è difficile contestare la sua responsabilità per *culpa in vigilando* nel caso in cui abbia omissso di attivare le procedure cui ha accesso, segnatamente le azioni di responsabilità *ex artt. 2393 e ss.*, a tutela dell'interesse del soggetto che rappresenta, a maggior ragione in presenza di norme che impongano comportamenti tipici in capo al soggetto vigilante.

La ricostruzione di che trattasi, che si ribadisce essere prevalente in giurisprudenza, esplicherebbe al massimo la propria efficacia in presenza di interventi legislativi volti all'introduzione dell'obbligo generale, in capo alle amministrazioni che detengono partecipazioni in società formalmente commerciali, di dotarsi di regolamenti sull'esercizio dei poteri dell'azionista, ovvero di individuare nelle piante organiche figure apposite di controllo interno. Ad esempio, potrebbe essere proposta una modifica al Testo unico degli enti locali con la quale rendere obbligatorio, nel regolamento di contabilità, l'inserimento di disposizioni che individuino positivamente la condotta richiesta in capo ai rappresentanti dell'ente, nella loro qualità di rappresentanti dell'azionista pubblico, eventualmente specificando esplicitamente il soggetto incaricato del controllo interno. Un tanto sarebbe utile anche a fugare i dubbi di parte della dottrina, già esposti nel capitolo precedente, secondo cui il rischio della responsabilità erariale potrebbe portare i rappresentanti degli enti pubblici a cautelarsi con azioni di responsabilità non del tutto fondate, che finirebbero per lasciare inalterato lo stato di incertezza degli amministratori, stato di incertezza che le tesi della giurisprudenza di legittimità avrebbero dovuto, nelle intenzioni, evitare.

Nel senso di questo possibile sviluppo futuro depone la direttiva agli uffici inviata dal Ministro dell'economia Grilli⁽³⁷⁴⁾, che dispone l'avvio di indagini interne contro gli amministratori di società a partecipazione pubblica, affinché vengano adottata ogni iniziativa a tutela dei diritti dell'azionista, ivi comprese le azioni di responsabilità, sebbene limitatamente ai casi di amministratori coinvolti in casi penalmente rilevanti.

⁽³⁷⁴⁾ Direttiva di cui danno conto gli organi di stampa, tra cui *Il sole 24 ore* del 29 settembre 2012, 4.

Altra auspicabile riforma sarebbe quella di prestabilire dettagliatamente i parametri di nomina degli amministratori di società a partecipazione pubblica ed i requisiti di professionalità di cui i designati debbano essere necessariamente in possesso, al fine di adempiere con competenza all'ufficio per il quale vengono nominati. Per la migliore gestione societaria, siffatti parametri andrebbero informati a criteri di concorsualità, selettività e trasparenza, ricorrendo se del caso a soggetti specializzati nel reclutamento del *top management*, come i cosiddetti *head hunters*.

2.4. Emersione di figure sintomatiche di pubblicità – Non si può non notare come le scarse disposizioni legislative e la ricca giurisprudenza di legittimità sono tra loro complementari nel tracciare il nuovo confine della responsabilità amministrativa degli amministratori o dei dipendenti di società a partecipazione pubblica, del quale tuttavia allo stato attuale pare impossibile l'individuazione aprioristica. Nel contesto sopra descritto, la prospettiva più facilmente ipotizzabile, visto che non richiede alcun intervento legislativo, è che il giudice sarà chiamato di volta in volta, caso per caso, a valutare se la società partecipata possa essere assimilata ad una pubblica amministrazione, ovvero se si atteggi sul mercato come un qualsiasi privato imprenditore, con l'unica ulteriore peculiarità che il capitale sociale è in parte alimentato da risorse pubbliche. Per l'esame del singolo caso concreto, può risultare determinante valutare se la società oggetto di indagine posseda o meno determinati «indicatori di pubblicità», in presenza dei quali la società vada considerata alla stessa stregua di una pubblica amministrazione.

La realtà delle società a partecipazione pubblica, infatti, non è affatto omogenea, ragion per cui ogni tentativo di ricondurre l'infinita

varietà dei casi concreti a poche categorie è destinato inesorabilmente a fallire. Allo stesso tempo, quand'anche si volesse recepire la ricostruzione oggi maggioritaria in giurisprudenza, che propugna l'applicazione del regime civilistico alle società «ordinarie» ed il regime contabile a quelle «speciali», resta aperto il problema di individuare quali possano essere i caratteri discriminanti del primo e del secondo tipo. In altre parole, né il legislatore né la giurisprudenza hanno fissato il limite passato il quale una società cessa di essere «ordinaria» e diventa «speciale», con conseguenziale applicabilità dello statuto amministrativo in luogo di quello ordinario. L'indefinitezza della nozione di società «speciale» emerge con tutta la sua evidenza con riferimento alle società *in house* e a quelle strumentali: la Cassazione le ha ritenute talvolta società ordinarie⁽³⁷⁵⁾, talaltra società speciali⁽³⁷⁶⁾, mentre la Corte dei conti, con motivazioni decisamente convincenti le ritiene società speciali⁽³⁷⁷⁾. A questo punto, pare ipotizzabile l'affermarsi nella giurisprudenza di figure sintomatiche, in presenza delle quali si possa desumere la natura intrinseca della società partecipata. Il regime di responsabilità andrebbe di conseguenza. La valutazione fondata su «indici di pubblicità» sembra assicurare una precisione di giudizio che solo la valutazione caso per caso permette in un contesto estremamente vario ed incoerente come quello delle società a partecipazione pubblica, visto che non propone regole generali ma singole valutazioni specifiche.

Questi «indici di pubblicità», analogamente a quanto consolidatosi nella giurisprudenza amministrativa con le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, sono enucleati dalla giurisprudenza prendendo in

⁽³⁷⁵⁾ Così Cass. Sez. un., 12 ottobre 2011 n. 20941, cit.

⁽³⁷⁶⁾ In tal senso Cass., Sez. un., 9 maggio 2011 n. 10063, cit.

⁽³⁷⁷⁾ Vedasi C. conti, sez. giur. Lazio, 23 febbraio 2011 n. 327, cit.

esame le regole statutarie delle società partecipate⁽³⁷⁸⁾, la gestione effettiva della società⁽³⁷⁹⁾ ovvero riconoscendo la rilevanza pubblicistica degli organismi societari⁽³⁸⁰⁾. Ad esempio, possono far propendere per la valutazione pubblicistica i seguenti caratteri: la partecipazione pubblica totalitaria o quanto meno maggioritaria, il fatto che mai soggetti privati abbiano fatto ingresso nella compagine societaria, l'oggetto sociale coincidente con il perseguimento di finalità di tipo pubblicistico, l'assenza del fine di lucro, la fruizione di finanziamenti pubblici, il ricorso a risorse pubbliche per l'appianamento delle perdite di gestione, la previsione statutaria del mantenimento della maggioranza azionaria in capo a soggetti pubblici, il potere di nomina delle principali cariche sociali riservata ai soci pubblici.

Ecco, in presenza dei succitati indicatori, pur in presenza della veste formale di società di capitali, alcune società partecipate sono state assimilate per funzioni e caratteristiche alla pubblica

⁽³⁷⁸⁾ Cass., Sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309, in *Società* 2010, 1361, con nota di DALFINO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, punto 2.5 della motivazione.

⁽³⁷⁹⁾ C. conti, sez. I app., 402 del 2011, cit. Nel caso in questione la Procura della Corte dei conti aveva provato, documentalmente e tramite consulenza tecnica, che la costituzione e la gestione della società erano dettate dal «fine di perseguire politiche reclutative in violazione di principi di sana gestione economica e dei vincoli posti dal patto di stabilità», determinando pertanto «effetti nefasti sulla gestione dell'ente».

⁽³⁸⁰⁾ Cass., Sez. un., 3 marzo 2010, n. 5032, in *Foro it.* 2010, I, 3078 e 9 aprile 2010, n. 8429, in *Dir. e giust.* 2010, con nota di NATALINI, *La «mala gestio» del Casinò Municipale (il caso di Campione d'Italia) può cagionare un danno erariale. Sul risarcimento agli enti pubblici che ne sono azionisti la competenza è dei giudici contabili*. Nella fattispecie, i giudici hanno ritenuto dirimenti al fine di stabilire la giurisdizione le «particolarità che caratterizzano la società in questione, risultanti dalla speciale disciplina per essa dettata» da numerose norme specifiche.

amministrazione⁽³⁸¹⁾. Di conseguenza, nelle fattispecie è stata affermata la sussistenza della responsabilità amministrativa e la giurisdizione della Corte dei conti.

Concludendo, bisogna dare quindi conto anche della giurisprudenza secondo cui la giurisdizione contabile va affermata nei confronti di società che, per le proprie caratteristiche oggettive, valutate nel caso concreto, costituiscono un'articolazione dei soggetti pubblici soci, nonostante la veste formale di società di diritto privato; viceversa la giurisdizione ordinaria consegue all'assenza di «sintomi di pubblicità» o, cambiando l'angolo visuale, alla presenza di «indici privatistici», come l'assenza di clausole statutarie introduttive di poteri speciali per il socio pubblico, il perseguimento dello scopo lucrativo, la previsione di privatizzazione sostanziale, totale o parziale, in altre parole il funzionamento in tutto e per tutto analogo alle altre società del settore, o esercenti attività analoghe.

⁽³⁸¹⁾ In tal senso la nota sentenza Cass., Sez. un., 27092 del 2009. Dello stesso orientamento Cass., Sez. un., 5032 del 2010, cit., e Cass. Sez. un., 10063 del 2011, cit.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV. *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 2006;

AA. VV., *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Atti del XLV convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 2000;

AA. VV., *Le privatizzazioni: forma di società per azioni e titolarità pubblica del capitale*, Seminario tenuto in Roma il 27 maggio 1994, Milano, Giuffrè, 1994;

ALESSI RENATO, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1964;

ALESSI RENATO, *Responsabilità amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, 623;

ALFIERI GIULIETTA, *L'azione di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica tra giurisdizione e normativa europea*, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 2, 448;

ALPA GUIDO-CARULLO ANTONIO-CLARIZIA ANGELO (a cura di), *Le Spa comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, Il sole 24 ore, 1998;

AMICONI CESARE, *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci ed ombre*, in *Giust. civ.* 1999, I, 463;

ANGELETTI ADOLFO (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario – atti del convegno*, Milano, Giuffrè, 1996;

ANGELICI CARLO, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1990, 977;

ANTONIOLI MARCO, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008;

ARRIGONI RITA, *Moralità pubblica e danno non patrimoniale davanti alla Corte dei conti: due sentenze a confronto*, in *Riv. amm.* 2004, III, 1216;

ASTEGIANO GIANCARLO, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giur. it.* 2004, 1830;

ATELLI MASSIMILIANO, *Ampliata la giurisdizione contabile agli atti di natura imprenditoriale*, in *Guida dir.* 2004, 4, 47;

ATELLI MASSIMILIANO, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato*, in *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli, 2005;

AURIEMMA SERGIO, *L'incidenza del danno, quale criterio di collegamento per la giurisdizione sulle società per azioni partecipate da ente pubblico*, in *Riv. Corte conti* 2010, 3, 276;

AZZARITI GAETANO, *Il limite soggettivo nella tutela nei confronti della P.A.*, in *Giur. cost.* 1991, 2435;

AZZARITI GAETANO, *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.* 1991, 531;

BALDINATO MASSIMO, *Breve nota alla sentenza Coname: alcune interessanti affermazioni della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2005, 1426;

BALDINATO MASSIMO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2006, 227;

BANI ELISABETTA-CARCELLI CRISTIANA-PIERACCINI MARIA BEATRICE, *Privatizzazione*, Padova, Cedam, 1999;

BARBIERI EZIO MARIA, *S.p.a. a prevalente capitale pubblico, appalto di lavori e diritto comunitario: una questione di giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1996, 1267;

BARCA FABRIZIO, *Imprese in cerca di padrone*, Bari, Laterza, 1994;

BAUDINO ALESSANDRO-FRASCINELLI ROBERTO, *Gli amministratori delle società per azioni e a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 1996;

BARTALINI GUIDO, *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Torino, Utet, 2000;

BINDI ALESSANDRA-CARUSO GIOVANNI MARIA (a cura di), *Sintesi del rapporto sulle società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Servizi pubblici e appalti* 2006, 247;

BOCCHI LUCIANO, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: affidamento diretto del servizio e procedura ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.* 1996, 32;

BONELLI FRANCO, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985;

BONELLI FRANCO, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992;

BONURA HARALD-CARUSO GIUSEPPE, *Per valutare i requisiti tecnico-economici del privato è necessaria una procedura a evidenza pubblica*, in *Guida dir.* 2009, 48, 103;

BOTTINO GABRIELE, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità*

costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale, in Giur. cost. 2009, 1598;

BRIGUORI PAOLA, *La veste di Spa non salva dai controlli della Corte dei conti*, in *Dir. e giust.* 2004, 17, 51;

BRIGUORI PAOLA, *Verso una giurisdizione esclusiva per "blocchi" del giudice contabile*, in *Dir. e giust.* 2004, 5, 56;

BRONZETTI GIANFRANCO, *Casi tipici di responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1997;

BUONOCORE VINCENZO (a cura di) *Istituzioni di diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 2007;

CACACE SIMONA, *Il danno non patrimoniale alla P.A.: immagine, credibilità ed efficienza organizzativa*, in PONZANELLI (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004;

CAGNASSO ORESTE-IRRERA MAURIZIO, *Società di capitali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, II ed., Torino, Utet, 1990;

CAGNASSO ORESTE, *Una «brusca frenata» da parte delle sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa-contabile*, in *Giur. it.* 2010, 857;

CAIA GIUSEPPE (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Rimini, Maggioli, 1995;

CAIA GIUSEPPE, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CALSOLARO ORONZO MARCO, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in *Foro amm. CDS* 2006, 1669;

CAMMELLI MARCO-DUGATO MARCO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008;

CAMMELLI MARCO-ZIROLDI ALBERTO, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, II ed., Bologna, Maggioli, 1999;

CAMPOBASSO GIAN FRANCO, *Manuale di diritto commerciale*, V ed., Torino, Utet, 2010;

CANNADA BARTOLI EUGENIO, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.* 1991, 938;

CANNADA BARTOLI EUGENIO, *Illecito (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 112;

CANNADA BARTOLI EUGENIO, *Sul criterio del petitum*, in *Giur. it.* 1999, 1537;

CANNADA BARTOLI EUGENIO, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. it.* 1996, 493;

CAPALBO FERRUCCIO, *I limiti esterni della giurisdizione della corte dei conti e società partecipate: una brusca battuta d'arresto*, in www.amcorteconti.it;

CAPUTI JAMBRENGHI VINCENZO, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, 374;

CARANTA ROBERTO, *Organismi di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.* 2004, 2415;

CARBONE GIUSEPPE, *Corte dei conti*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, vol. Agg. IV, 479;

CARINGELLA FRANCESCO, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.* 1996, I, 1364;

CAROSELLI ADRIANA, *La responsabilità amministrativa degli amministratori di società a partecipazione pubblico locale e degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in www.dirittodeiservizipubblici.it;

CARTEI GIAN FRANCO-CREA PAOLO, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, 935;

CASELLA MARIO-RUOZI ROBERTO, *L'amministratore di società*, Milano, Egea, 1997;

CASSESE SABINO (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006;

CASSESE SABINO, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il mulino, 1983.

CASTELLANETA MARINA, *Genericità e imprecisione sui poteri dello Stato ostacolano l'arrivo degli investitori stranieri*, in *Guida dir.* 2009, 15, 111;

CECCHI PAOLO, *Gli amministratori di società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1999;

CECERE ALFONSO, *L'itinerario delle privatizzazioni*, Padova, Cedam, 1995;

CERULLI IRELLI VINCENZO, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006;

CHIESA FERNANDO, *Corte dei conti (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, vol. X, 857;

CHINDEMI DOMENICO, *Il danno erariale in materia di responsabilità medico-sanitaria*, in *Resp. civ. prev.* 2011, 1166;

CHITI EDOARDO, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia*, in *Urb. app.* 1999, 71;

CHITI MARIO PILADE, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, Note e studi Assonime n. 10/2009;

CINTIOLI FABIO, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010;

CIRENEI MARIA TERESA, *Le imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1983;

CIRENEI MARIA TERESA, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in COLOMBO G.E.-PORTALE GIUSEPPE BENEDETTO (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 1992;

CLARICH MARCELLO, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010;

COLANGELO MARGHERITA, «Golden share», *diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, in *Foro it.* 2009, IV, 224

COLOMBO G.E.-PORTALE GIUSEPPE BENEDETTO (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 2004;

COMPIERCHIO FERDINANDO, *Accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi: una decisione non convincente*, in *Giust. civ.* 2000, I, 591;

CONTENTI GIOVANNI, *Le società strumentali degli enti locali*, Firenze, Nocchioli, 1994;

CORRADO LEDA RITA, *Criteri di ripartizione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in caso di danno erariale causato dall'illegittima erogazione di fondi pubblici in favore di una Srl*, in *Dir. e giust.* 2010, quotidiano del 20 marzo, 96;

CORREALE GIULIO, *Corte dei conti*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999, vol. IV, 215;

CORSETTI ADELISA, *In tema di danno causato da liberi professionisti: brevi cenni su giudicato esterno e rapporto di servizio con la P.A.*, in *Giust. civ.* 1995, I, 795;

CORSI FRANCESCO, *Le azioni di responsabilità ex art. 2395 c.c.*, in *www.csm.it*;

CORSO GUIDO-SAVONA PAOLA, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Servizi pubblici e appalti* 2006, 197;

COSSU MONICA, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.* 2008, I, 627;

COSSU MONICA, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011;

COTTINO GASTONE-BONFANTE GUIDO-CAGNASSO ORESTE-MONTALENTI PAOLO (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, Zanichelli, 2004;

COTTINO GASTONE-BONFANTE GUIDO-CAGNASSO ORESTE-MONTALENTI PAOLO (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, Zanichelli, 2009;

CREA PAOLO, *Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali*, in *Riv. amm. R. it.* 1995, 1052;

DALFINO DOMENICO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, in *Società* 2010, 1361;

DALMOTTO EUGENIO, *Azione sociale di responsabilità-Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, Zanichelli, 2004, 784;

D'AURIA GAETANO, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale «revirement» della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro it.* 2005, I, 2684;

D'AURIA GAETANO, *Ancora in tema di Corte dei conti e controllo sulla gestione degli enti pubblici (con una inedita nozione di «pubblica amministrazione»)*, in *Foro it.* 2001, I, 2742;

D'AURIA GAETANO, *Brevissime in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici*, in *Foro it.* 1999, I, 575;

D'AURIA GAETANO, *Giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità di magistrati per danno all'immagine dello Stato*, in *Foro it.* 2011, I, 2664;

D'AURIA GAETANO, *Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* 2006, 9, 969;

D'AURIA GAETANO, *Le sezioni unite e il controllo della Corte dei conti sulla gestione degli enti pubblici*, in *Foro it.* 1998, I, 2078;

D'AURIA GAETANO, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, in *Foro it.* 2010, I, 1495;

D'AURIA GAETANO, *Nota a Cass., Sez. un., 12 ottobre 2011 n. 20941*, in *Foro it.* 2012, I, 831;

D'AURIA GAETANO, *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione di società pubbliche: a proposito di alcune sentenze delle sezioni unite*, in *Foro it.* 2007, I, 2488;

D'AURIA GAETANO-LANCIA MANUELA, *La nuova funzione di controllo della Corte dei conti sui bilanci degli enti locali e delle aziende sanitarie*, in *Foro it.* 2008, III, 32;

DE CRESCIENZO UGO, *Responsabilità verso la società*, in *Codice commentato delle S.p.a.* diretto da FAUCEGLIA-SCHIANO DI PEPE, Torino, Utet giuridica, 2007, 769;

DE CRESCIENZO UGO, *Azione sociale di responsabilità*, in *Codice commentato delle S.p.a.* diretto da FAUCEGLIA-SCHIANO DI PEPE, Torino, Utet giuridica, 2007, 793;

DE CRESCIENZO UGO, *Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in *Codice commentato delle S.p.a.* diretto da FAUCEGLIA-SCHIANO DI PEPE, Torino, Utet, 2007, 804;

DE DOMINICIS ANGELO RAFFAELE, *Casi di «malagestio» nella conduzione privatistica delle società per azioni a capitale pubblico*, in *Riv. Corte conti* 2006, 3, 379;

DELLO SBARBA FRANCESCA, *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2009;

DEMURO IVAN, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.* 2006, II, 780;

DEMURO IVAN, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.* 2009, II, 640;

DEMURO IVAN, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.* 2008, II, 581;

DEMURO IVAN, *Società in mano pubblica*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, 861;

DE NICOLA ALESSANDRO, *Responsabilità verso la società*, in GHEZZI (a cura di) *Amministratori. Commentario alla riforma delle società*, Milano, Egea, 2005, 545;

DE NICTOLIS ROSANNA, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sul riparto di giurisdizione in tema di appalti indetti da concessionari di opera pubblica*, in *Corr. giur.* 1999, 109;

DE NICTOLIS ROSANNA-CAMERIERO LUIGI, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, 2008;

DE ROSA GIANLUCA, *La Corte di giustizia condanna i criteri di esercizio della golden share*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2009, 1649;

DI CHIO GIUSEPPE, *Società a partecipazione pubblica*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sez. commerciale*, vol. XIV, Torino, Utet, 1997, 158;

DI LIETO GIOVANNI MARIA, *Nota a Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2001 n. 12367*, in *Dir. e giust.* 2001, 39, 44;

DOMENICHELLI VITTORIO (a cura di), *La società pubblica tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2008;

DI STEFANO MASSIMO, *La giurisprudenza contabile dopo le innovazioni legislative: il danno all'immagine*, in PASQUALUCCI-SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, 174;

FACCHIN NICOLA, *Responsabilità verso la società*, in *Commentario delle società* a cura di GRIPPO, Torino, Utet, 2009, 518;

FACCHIN NICOLA, *Azione sociale di responsabilità*, in *Commentario delle società* a cura di GRIPPO, Torino, Utet, 2009, 521;

FACCHIN NICOLA, *Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in *Commentario delle società* a cura di GRIPPO, Torino, Utet, 2009, 523;

FAUCEGLIA GIUSEPPE-SCHIANO DI PEPE GIORGIO (diretto da), *Codice commentato delle S.p.a.*, Torino, Utet giuridica, 2007;

FERRARO VINCENZO, *La sentenza Auroux-Commune de Roanne: una nuova pronuncia del giudice comunitario in materia di affidamento di un*

appalto senza procedura ad evidenza pubblica, in *Riv. it. dir pubbl. com.* 2007, 337;

FERRI GIUSEPPE, *Società per azioni*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIX, Roma, Treccani, 1993, 1;

FIORANI LUIGI EDOARDO, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.* 2011, 2, II, 316;

FRACANZANI MARCELLO, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale*, in www.giustizia-amministrativa.it;

FRACCHIA FABRIZIO, *La Suprema corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico?*, in *Foro it.* 2000, I, 805;

FRACCHIA FABRIZIO, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.* 2003, I, 79;

FRACCHIA FABRIZIO, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.* 2005, III, 38;

FRANCESE MICHELE UMBERTO, *L'illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.* 1987, 1674;

FRANCHI ANTONIO, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario: i principi per una disciplina europea e i riflessi nell'ambito delle società bancarie*, Milano, Giuffrè, 2004;

FRANZONI MASSIMO, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società dirette da GALGANO*, Torino, Utet, 2002, 256;

FRANZONI MASSIMO, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, Padova, Cedam, 1994;

FRENI ELISABETTA, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.* 2007, 2, 145;

GAGLIARDI MASSIMO, *La responsabilità delle persone giuridiche con riguardo alle ipotesi di risarcimento del danno per lesione erariale*, in *Riv. Corte conti* 2007, 1, 263;

GALGANO FRANCESCO, *Diritto commerciale – Le società*, XVII ed., Bologna, Zanichelli, 2009;

GALGANO FRANCESCO, *Diritto commerciale – Le società*, XVI ed., Bologna, Zanichelli, 2006;

GALGANO FRANCESCO, *Diritto commerciale edizione compatta. L'imprenditore-Le società*, VIII ed., Bologna, 2010;

GALGANO FRANCESCO (diretto da), *Le società*, Torino, Utet, 2002;

GARLATTI ANDREA, *Enti locali e società miste*, Milano, Etas, 2001;

GAROFOLI ROBERTO, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998;

GAROFOLI ROBERTO, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.* 1998, IV, 133;

GAROFOLI ROBERTO, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.leg. 80/98)*, in *Foro it.* 1999, III, 180;

GARRI FRANCESCO, *Danno erariale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. X, Roma, Treccani, 1988;

GARRI FRANCESCO, *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti, responsabilità, conti, pensioni*, Milano, Giuffrè, 2000;

GARRI FRANCESCO, *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991;

GARRI FRANCESCO, *Responsabilità contabile*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991;

GAVERINI FABRIZIO, *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in *Foro amm. CdS* 2005, 2001;

GENESIN MARIA PIA, *La responsabilità amministrativa del sindaco per comportamento omissivo alla luce del principio di distinzione politica-amministrazione*, in *Resp. civ. prev.* 2011, 685;

GENINATTI SATÉ LUCA, *Forme e limiti dell'affidamento di appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Foro amm. CdS* 2007, 740;

GHEZZI FEDERICO (a cura di), *Amministratori. Commentario alla riforma delle società*, Milano, Egea, 2005;

GHIGLIONE PAOLO-BIALLO MARCO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle sezioni unite*, in *Soc.* 2010, 809;

GHISALBERTI CARLO, *Corte dei conti (storia)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, vol. X, 853;

GIACCARDI GIORGIO, *La privatizzazione delle imprese pubbliche: rilevanza della forma pubblica o privata anche alla luce del diritto comunitario*, in ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario – atti del convegno*, Milano, Giuffrè, 1996, 27;

GIACCHETTI SALVATORE, *Privatizzazioni: la nuova frontiera dell'interesse pubblico*, in AA. VV., *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Atti del XLV

convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 2000, 211;

GIGANTE MARINA, *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane?*, in Giust. civ. 2002, I, 2309;

GILBERTI BIAGIO, *In house providing questioni vecchie e nuove*, in *Foro amm. CdS* 2006, 42;

GIOFFREDA GIULIA, *Responsabilità medica: nessun peso alla condotta del paziente successiva all'errata diagnosi*, in *Dir. e giust.* 15 novembre 2008;

GIRACCA MARIA PIA, *Esiste il danno erariale all'immagine di un ente pubblico?*, in *Foro it.* 2000, III, 264;

GIURDANELLA CARMELO, *Le società per azioni a partecipazione pubblica – profili sostanziali e processuali*, Matelica (MC), Halley editrice, 2005;

GOISIS FRANCESCO, *I giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2005, 1915;

GOISIS FRANCESCO, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 396;

GOISIS FRANCESCO, *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*, in *Foro amm. TAR* 2002, 444;

GOISIS FRANCESCO, *Società a partecipazione pubblica*, in CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5600;

GRECO GUIDO, *Appalti di lavori affidati da S.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1995, 1056;

GRECO GUIDO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture. Le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2000, 1393;

GRIPPO GIOVANNI (a cura di), *Commentario delle società*, Torino, Utet, 2009;

GRÜNER GIULIANO, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. – Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009;

GUCCIONE CLAUDIO, *Gli organismi di diritto pubblico nuovamente al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giorn. dir. amm.* 1999, 215;

GUERRERA FABRIZIO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010;

GUERRIERI ANTONIO, *I giudizi di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica. Giudice civile o giudice contabile? Una possibile mediazione*, in *Riv. Corte conti* 2007, 6, 285;

IAIONE CHRISTIAN, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. civ.* 2006, I, 13;

IAIONE CHRISTIAN, *Le società in house degli enti locali*, Roma, Anci Lazio, 2006;

IANNOTTA RAFFAELE, *Osservazione a C. giust. CE 18 novembre 1999, C-107/98*, in *Foro amm. CdS* 2001, 795;

IBBA CARLO, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.* 2006, II, 145;

IBBA CARLO, *Le società «legali»*, Torino, Giappichelli, 1992;

IBBA CARLO, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.* 2010, I, 365;

IBBA CARLO, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.* 2008, I, 576;

IBBA CARLO, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.* 2005, 4;

IBBA CARLO, *Tipologia e “natura” delle società a partecipazione pubblica*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010;

IBBA CARLO-MALAGUTI MARIA CHIARA-MAZZONI ALBERTO (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, Giappichelli, 2011;

IELO DOMENICO-IACOVELLI DANILA, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche*, in *Amministrare* 2008, 1/2, 67;

IEVA LORENZO, *Responsabilità erariale del dirigente per disorganizzazione amministrativa*, in *Riv. Corte conti* 2006, 3, 343;

IMPECIATI LUIGI, *Danno morale: configurabilità e risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione*, in *TAR* 1994, II, 102;

IRTI NATALINO, *Intervento al seminario tenuto in Roma il 27 maggio 1994*, in AA. VV., *Le privatizzazioni: forma di società per azioni e titolarità pubblica del capitale*, Milano, Giuffrè, 1994;

ITALIA VITTORIO-MAGGIORA ENRICO-ROMANO ANTONIO, *L'ordinamento comunale*, Milano, Giuffrè, 2005;

JAEGER PIER GIUSTO, *Privatizzazioni; «public companies»; problemi societari*, in *Giur. comm.* 1995, 5;

JAEGER PIER GIUSTO, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.* 1992, I, 990;

LAINO AURELIO, *Esclusa la giurisdizione dei giudici ordinari sulle scelte operate dalle amministrazioni*, in *Guida dir.* 2004, 12, 39;

LAINO AURELIO-BRIGUORI PAOLA, *L'immunità non protegge il parlamentare dal giudice contabile*, in *Dir. e giust.* 2006, 14, 95;

LAMORGESE ANTONIO, *Società a partecipazione pubblica, responsabilità, giurisdizione*, in *Giur. comm.* 2011, 2, II, 332;

LAZZARA PAOLO, *Libera circolazione dei capitali e «golden share»*, in *Foro amm. CdS* 2002, 1607;

LIBERTINI MARIO, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010;

LIGUORI FIORENZO, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007;

LIGUORI FIORENZO, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004;

LOMBARDO FRANCESCO, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato: l'influenza della normativa comunitaria*, in *Foro amm. CdS* 2005, 2, 629;

LOMBARDO FRANCESCO, *In tema di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla responsabilità di amministratori di società per azioni partecipate dallo Stato*, in *Riv. Corte conti* 2005, 1, 145;

LONGAVITA FULVIO MARIA, *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle S.p.a.*, Intervento al convegno di Perugia del 18 e 19 aprile 2008, in www.corteconti.it;

LUPI ANDREA, *Osservazioni in tema di danno all'immagine*, in *Riv. Corte conti* 1998, 3, 187;

MADDALENA PAOLO, *La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998*, in *Riv. amm. R. it.* 1998, 945;

MADDALENA PAOLO, *La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici e delle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in *Riv. amm. R. it.* 1996, 445;

MADDALENA PAOLO, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato* 2001, II, 1559;

MADDALENA PAOLO, *Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo*, in www.amcorteconti.it;

MADDALENA PAOLO, *L'intrasmissibilità della responsabilità amministrativa agli eredi*, in *Riv. amm. R. it.* 1995, 266;

MADDALENA PAOLO, *Responsabilità civile e amministrativa: divergenza e punti di convergenza dopo le leggi 19 e 20 del 1994*, in *Cons. Stato* 1994, II, 1427;

MAMELI BARBARA, *Brevi considerazioni per una interpretazione estensiva della dir. n. 89/440/CEE*, in *Giust. civ.* 1995, I, 2985;

MANFREDI SELVAGGI CARLO ALBERTO, *Anche l'attività imprenditoriale sotto il «controllo» contabile*, in *Guida enti locali* 2004, 11, 95;

MANFREDI SELVAGGI CARLO ALBERTO, *Il danno all'immagine del Comune non dipende da quello patrimoniale*, in *Guida enti locali* 2002, 49, 76;

MARCHETTI PIERGAETANO (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia: saggi, leggi e documenti*, Milano, Giuffrè, 1995;

MARTELLI VANDA, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1997;

MASSONE ELISABETTA, *L'attività della società per azioni mista*, in MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2003, 211;

MASTRAGOSTINO FRANCO-PAGLIARA FRANCESCO MARIA-PRINCIPATO PASQUALE-DUGATO MARCO-PIZZOFERRATO ALBERTO-SENZANI DANIELE, *Responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 2009;

MAUGERI MARCO, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*, in *Giur. comm.* 1994, II, 533;

MAURO ENRICO, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. "pubblica"*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011;

MAZZARELLI MARCO, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1987;

MAZZONI ALBERTO, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011;

MELE EUGENIO, *La costituzione della società per azioni*, in MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2003, 119;

MELE EUGENIO, *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004;

MELE EUGENIO, *La responsabilità negli enti locali*, Bologna, Maggioli, 1992;

MELE EUGENIO (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2003;

MELE RENATO-POPOLI PAOLO, *La gestione delle aziende pubbliche: principi e tecniche innovative*, Rimini, Maggioli, 1994;

MELE RENATO-MUSSARI RICCARDO, *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*, Bologna, Il mulino, 2009;

MELLONE CELESTINA, *Legittimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?*, in *Foro amm. CdS* 2004, 1172;

MERUSI FABIO, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1986, 41;

MIGNOLI ARIBERTO-RAFFAELE NOBILI, *Amministratori di società*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, 130;

MONTALENTI PAOLO, *Introduzione alla disciplina degli organi sociali*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, Zanichelli, 2009, 353;

MORTATI COSTANTINO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975;

MORZENTI PELLEGRINI REMO, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo «analogo» esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali «extra-codicistiche»*, in *Foro amm. CdS* 2009, 2233;

NAPOLITANO GIULIO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove regole*, in *Riv. soc.* 2006, 999;

NAPOLITANO GIULIO, *Servizi pubblici*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5517;

- NAVARO FRANCESCO, *Gli amministratori di una società per azioni in mano pubblica rispondono davanti alla Corte dei conti solo per i danni arrecati in via diretta al socio pubblico*, in *Nuova rass.* 2010, 953;
- NICCOLINI GIUSEPPE-STAGNO D'ALCONTRES ALBERTO (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, Jovene, 2004;
- NICOLETTI GIUSEPPE, *La responsabilità amministrativa nel contesto della pubblica amministrazione*, in *Riv. Corte conti* 2011, 1-2, 461;
- NIGRO MARIO, *La giurisdizione sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996;
- NOVELLI PAOLO-VENTURINI LEONARDO, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2008;
- NOVIELLO GIUSTINA, TENORE VITO, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, Giuffrè, 2002;
- OCCHILUPO ROBERTA, *Le società in house*, in *Giur. comm.* 2008, II, 525;
- OCCHILUPO ROBERTA, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.* 2007, II, 63;
- OLESSINA ALESSANDRA, *Come cambia la giurisdizione contabile – La competenza cresce a macchia d'olio – Conta la natura degli obiettivi, non la qualità dei soggetti*, in *Dir. e giust.* 2006, 15, 88;
- OPPO GIORGIO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.* 2005, II, 157;
- OTTAVIANO VITTORIO, *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, vol. XX, 669;
- PACE ALESSANDRO, *La Corte di Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai «ente pubblico»*, in *Giur. cost.* 2010, 4036;

PAJNO ALESSANDRO, *Rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 954;

PAPA MALATESTA ALFONSO, *Partecipazioni pubbliche*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, Utet, 1995, 692;

PATRITO PAOLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e diritto sostanziale*, in *Giur. it.* 2010, 1709;

PAVONI FRANCESCA, *La Corte dei conti e il danno all'immagine della pubblica amministrazione: un anno di pronunce a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 2006, 527;

PERFETTI LUCA RAFFAELLO, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, in *Foro amm. CdS* 2005, 1347;

PERFETTI LUCA RAFFAELLO, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai Comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. CdS* 2004, 1161;

PERICU ANDREA, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004, 1291;

PERINI ANTONELLA, *L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica. (Alcune riflessioni in margine ad una sentenza regolatrice della giurisdizione).*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 1, 90;

PERULLI GIANFRANCO, *La responsabilità civile, penale, amministrativa degli amministratori pubblici*, Milano, Giuffrè, 1995;

PESCATORE SALVATORE, *L'impresa societaria a base capitalistica*, in BUONOCORE (a cura di) *Istituzioni di diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 2007, 130;

PETRONI PAOLO, *Responsabilità amministrativo/contabile e implicazioni in tema di giurisdizione della Corte dei Conti degli amministratori di società che gestiscono servizi pubblici locali*, in www.diritto.it;

PIAZZONI DAVIDE, *In house providing, partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, in *Giur. comm.* 2009, II, 5;

PICCIAU ALBERTO, *Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*, in *Amministratori. Commentario alla riforma delle società*, a cura di GHEZZI, Milano, Egea, 2005, 596;

PIGA EMANUELE, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione*, in *Foro amm. CdS* 2007, 2669;

PINOTTI CINTHIA, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti* 2004, 5, 312;

PIRAS PAOLA, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994;

PIZZA PAOLO, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 486;

POLICE ARISTIDE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 147;

POTETTI DOMENICO, *I nuovi lineamenti dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose, conseguenti al c.d. «pacchetto sicurezza»*, in *Cass. pen.* 2009, 4806.

POTO MARGHERITA, *Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione al vaglio delle Sezioni Riunite della Corte dei conti*, in *Giur. it.* 2003, 1710;

PROTTO MARIANO, *Morte e reincarnazione dell'organo indiretto*, in *Giur. it.* 2000, 175;

PURCARO ANTONIO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.* 2004, 1750;

QUATRARO BARTOLOMEO-PICONE LUCA, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, Milano, Giuffrè, 1998;

RAPPAZZO ANTONIO, RAPPAZZO GIUSEPPE, *Le irregolarità degli amministratori nelle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2001;

REBECCHI PAOLO LUIGI, *Brevi osservazioni in tema di legittimazione passiva nel giudizio di responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società private in rapporto di servizio con la P.A.*, in www.amcorteconti.it;

REBECCHI PAOLO LUIGI, *Prassi contra legem e responsabilità amministrativo-contabile; valore scriminante della colpa grave?*, in *Riv. Corte conti* 1999, 2, 194;

REBECCHI PAOLO LUIGI, *Sviamento nell'utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. Corte conti* 2006, 2, 238;

RISTUCCIA MARIO, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici: un vecchio problema dinanzi a nuovi scenari*, in *Riv. Corte conti* 1995, 1, 406;

RISTUCCIA MARIO, *La responsabilità «sociale» erariale nelle società pubbliche*, in *Riv. Corte conti* 2005, 1, 325;

RORDORF RENATO, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Soc.* 2005, 423;

RODRIQUEZ SIMONA, *Il danno all'immagine: amministrazione civile e militare a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 2337;

RODRIQUEZ SIMONA, *La giurisdizione della Corte dei conti: dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in *Giur. it.* 2004, 1946;

RODRIQUEZ SIMONA, *La responsabilità amministrativa e le sue più recenti evoluzioni. Spunti di riflessione sugli interventi, negli anni, del giudice contabile*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1246;

RODRIQUEZ SIMONA, *La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi*, in *Resp. civ. prev.* 2007, 2616;

RODRIQUEZ SIMONA, *Tangenti e danno all'immagine: un altro intervento del giudice contabile*, in *Resp. civ. prev.* 2008, 1163;

RODRIQUEZ SIMONA, *Un chiarimento sugli elementi costitutivi della responsabilità contabile*, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2580;

ROMAGNOLI GIANLUCA, *La società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.* 2006, I, 473;

ROSSI ADRIANO, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIX, Roma, Treccani, 1993;

ROSSI ANTONIO, *La responsabilità degli amministratori delle società "pubbliche"*, in *Giur. comm.* 2009, I, 521;

ROSSI GIAMPAOLO, *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Servizi pubblici e appalti* 2006, 185;

ROVERSI MONACO MARIA GIULIA, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società – Considerazioni critiche*, Torino, Giappichelli, 2004;

RUFFINI RENATO, *Fondamenti di economia delle aziende e delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Franco Angeli, 2010;

SAITTA NAZARENO, *L'inibitoria delle decisioni del giudice amministrativo tra soggezione al codice di rito civile ed autonomia procedurale*, in *Foro amm. CdS* 2007, 1151;

SALAFIA VINCENZO, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori sociali*, in *Giust. civ.* 1999, I, 79;

SALVAGO SALVATORE, *La giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili ed a quella degli enti danneggiati*, in *Giust. civ.* 2010, I, 2505;

SANDULLI MARIA ALESSANDRA, *L'art. 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. pubbliche*, in www.federalismi.it;

SANINO MARIO, *Le privatizzazioni*, Roma, Istituto editoriale regioni italiane, 1997;

SANTONASTASO FELICE EMILIO, *Ancora della RAI, «così com'è oggi, è un centauro, con una natura in parte umana e in parte equina...»*, in *Giur. cost.* 2010, 4085;

SANTONASTASO FELICE EMILIO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009;

SANTORO EVARISTO, *Il danno oggettivamente pubblico ed il rapporto di servizio nella responsabilità amministrativa*, in *Foro amm. CdS* 2003, 335;

SANTOSUOSSO DANIELE UMBERTO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. dir. soc.* 2009, 47;

SARACENO PASQUALE, *Partecipazioni statali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 43;

SAU ANTONELLA, *La responsabilità amministrativa per danno erariale di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. trim. app.* 2009, 3, 633;

SAU ANTONELLA, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, in *Istituzioni del federalismo* 2011, 2, 111;

SCHIAVELLO LUIGI, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2001;

SCHIAVELLO LUIGI, *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1999, vol. Agg. III, 895;

SCHLESINGER PIERO, *La legge sulle privatizzazioni degli enti pubblici economici*, in MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995;

SCHLITZER EUGENIO FRANCESCO, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti pubblici delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe*, in www.federalismi.it;

SCHLITZER EUGENIO FRANCESCO, *Le più recenti innovazioni legislative e giurisprudenziali in materia di responsabilità amministrativa e di processo contabile*, in *Foro amm. CdS* 2010, 219;

SCHLITZER EUGENIO FRANCESCO, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002;

SCHLITZER EUGENIO FRANCESCO, *L'oscillante ambito della giurisdizione contabile sulle S.p.a. partecipate pubbliche*, in www.corteconti.it;

SCOCA FRANCESCO GAETANO, *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011;

SCOCA FRANCESCO GAETANO, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme) - Atti del LI convegno di scienze dell'amministrazione*, Milano, 2006;

SCOCA FRANCESCO GAETANO, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, Cedam, 1997;

SIMONETTI HADRIAN, *Nota a C. giust. CE 15 ottobre 2009, C-196/08*, in *Foro it.* 2010, IV, 522;

SINISI MARTINA, *Questioni di responsabilità amministrativa nell'ambito dell'impresa pubblica vecchi e nuovi dubbi*, in *Foro amm. CdS* 2009, 2986;

SINISI MARTINA, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro amm. CDS* 2010, 77;

SIRAGUSA STEFANO, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici sovvenzionati dallo Stato*, in *Foro amm. CdS* 2008, 648;

SPIOTTA MARINA, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, Zanichelli, 2009, 465;

SPIOTTA MARINA, *Responsabilità verso la società*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, Bologna, Zanichelli, 2004, 762;

STADERINI FRANCESCO, *Diritto degli enti locali*, XII ed., Padova, Cedam, 2009;

STADERINI FRANCESCO, *La Corte dei conti nel processo di riforma amministrativa*, in *Foro it.* 2000, V, 324;

STADERINI FRANCESCO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Riv. Corte conti* 1996, 2, 293;

STADERINI FRANCESCO, SILVERI ANGELA, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, II ed., Padova, Cedam, 1998;

STICCHI DAMIANI ANDREA, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011;

TENORE VITO, *Giurisdizione contabile sul danno non patrimoniale alla pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.* 1994, 1203;

TENORE VITO (a cura di), *La dirigenza scolastica*, Milano, Giuffrè, 2002;

TENORE VITO, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro amm. CDS* 2010, 92;

TENORE VITO, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2004;

TESSAROLO COSTANTINO, *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it;

TORCHIA LUISA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il mulino, 2009;

TORCHIA LUISA, *La responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, 7, 791;

TORCHIA LUISA, *La responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica*, in *Note e studi Assonime* 8/2009;

TORCHIA LUISA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi pubblici e appalti* 2006, 223;

TORCHIA LUISA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.* 2012, 323;

TRIMARCHI FRANCESCO (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, Giuffrè, 1999;

URSI RICCARDO, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società «in house»*, in *Foro it.* 2006, IV, 79;

URSI RICCARDO, *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica*, in *Foro it.* 2005, I, 2728;

URSI RICCARDO, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. CDS* 2004, 693;

VANONI SILVIA, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla golden share ai fondi sovrani)*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011;

VASSALLI FRANCESCO, *Responsabilità verso la società*, in *Società di capitali. Commentario a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES*, Napoli, Jovene, 2004, 676;

VENTURA RICCARDO, *Nota a C. giust. CE 23 maggio 2000, C-58/99*, in *Giur. it.* 2000, 1657;

VENTURINI LEONARDO, *Danno c.d. «morale» patito dal soggetto pubblico: natura e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Dir. proc. amm.* 2000, 907;

VENTURINI LEONARDO, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti* 2001, 6, 294;

VENTURINI LEONARDO, *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.* 2006, 1127;

VENTURINI LEONARDO, *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro amm. CdS* 2005, 3432;

VISCA MARIA ANTONIETTA, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni*, in *Giust. civ.* 2005, I, 208;

VISCA MARIA ANTONIETTA, *La giurisdizione della Corte dei conti sull'attività privata di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in *Giust. civ.* 2004, I, 2044;

VISCA MARIA ANTONIETTA, *Natura giuridica della AMTAB e conseguente giurisdizione del giudice ordinario in tema di responsabilità degli amministratori*, in *Giust. civ.* 1998, I, 2273;

VISCA MARIA ANTONIETTA, *Sull'obbligo di una società per azioni di rendere il conto giudiziale alla Corte dei conti*, in *Giust. civ.* 2002, I, 3161;

WEIGMANN ROBERTO, *Società per azioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale*, Torino, Utet, 1997, 338;

ZAMBARDI SERGIO-ASTEGIANO GIANCARLO, *Compendio di contabilità pubblica*, II ed., Padova, Cedam, 2007;

ZAMPERETTI GIORGIO MARIA, *Azione individuale del socio e del terzo*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 829.